This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

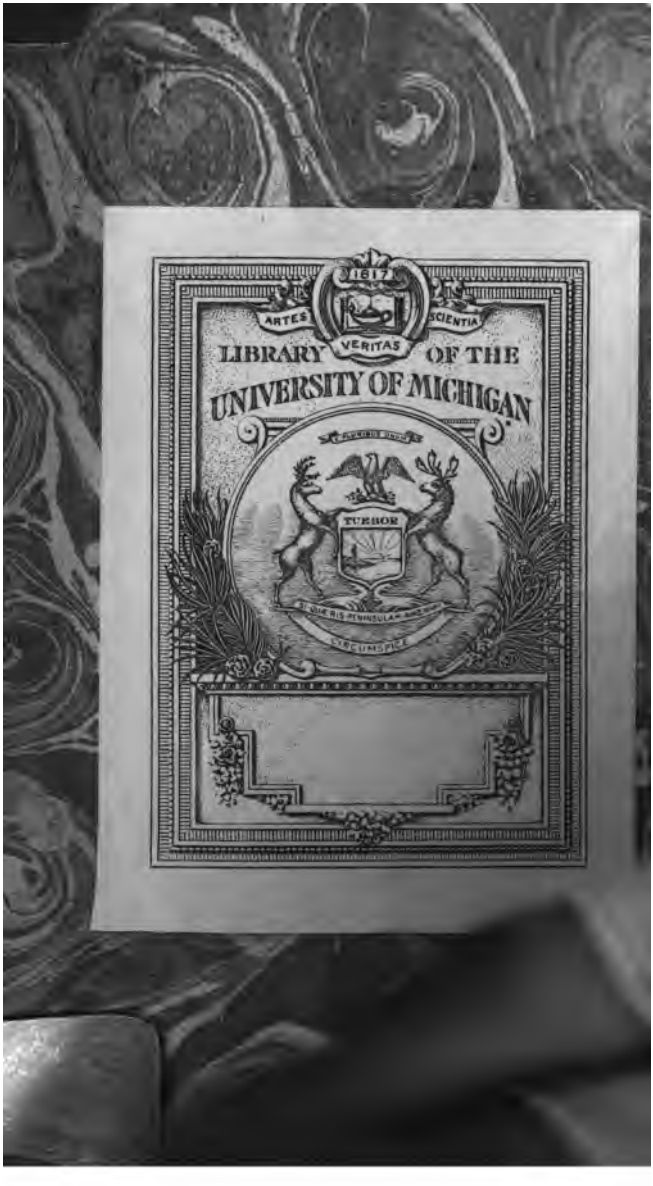
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`



1817
ARTES VERITAS SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE

TRAITÉ
DU CONTRAT
DE MARIAGE.

TOME SECOND.

TRAITÉ
DU CONTRAT
DE MARIAGE,
PAR L'AUTEUR
DU TRAITÉ DES OBLIGATIONS.

auteur R. J. Pothier

TOME SECOND.

A PARIS,

Chez DEBURE Pere, Quai des Augustins, à l'Image S. Paul.

A ORLÉANS,

Chez la Veuve ROUZEAU-MONTAUT, Imp. du Roi, de l'Evêché, & de l'Université.

M. DCC. LXXI.

Avec Approbation & Privilege du Roi.

HQ
1061
.F3
P56
v 2

658820-129

CATALOGUE

Des Ouvrages donnés au Public par M. POTHIER; & qui ſe vendent à Paris chez DEBURE, *pere, Libraire, Quai des Auguſtins, à l'Image S. Paul; Et à Orléans, chez la Veuve* ROUZEAU-MONTAUT, *Imprimeur du Roi, de l'Evêché & de l'Univerſité, Rue Royale.*

COUTUMES des Duchés, Bailliage & Prévôté d'Orléans, & reſſorts d'iceux; avec une Introduction générale auxdites Coutumes, 1760, 2 vol. *in*-12. 9 liv.

Traité des Obligations, ſelon les regles tant du for de la conſcience, que du for extérieur, *nouvelle édition*, 1769, 2 vol. *in*-12, 6 liv.

Traité du Contrat de Vente, ſelon les regles tant du for de la conſcience, que du for extérieur: Et le

Traité des Retraits, pour ſervir d'Appendice au Traité du Contrat de Vente, *nouvelle édition* 1768, 2 vol. *in*-12, 6 liv.

Traité du Contrat de Conſtitution de Rente, auquel on a joint le

Traité du Contrat de Change, de la Négociation qui ſe fait par la Lettre de Change; des Billets de Change, & autres Billets de Commerce, *nouvelle édition*, 1768, 1 vol. *in*-12, 3 l.

Traité du Contrat de Louage, ſelon les regles tant du for de la conſcience, que du for extérieur: Et le

Traité du Contrat de Bail à Rente, *nouvelle édition*, 1766, 1 vol. *in*-12, 3 liv.

& de celles qu'il produit dans les enfants envers leurs peres & meres, 5
§. I. *Obligation des peres & meres*, ibid.
§. II. *Obligation des enfants*, 8
§. III. *Des Obligations reſpectives des peres & meres, & de leurs enfants bâtards*, 15

CHAPITRE II.

Des effets civils du mariage, 17
Art. I. *Quels ſont les effets civils du mariage*, ibid.
Art. II. *De la légitimation que le mariage opere des enfants nés du commerce que les parties ont eu enſemble auparavant*, 24
§. I. *De l'origine de la légitimation qui ſe fait par le mariage ; & ſur leſquelles elle eſt fondée*, ibid.
§. II. *Quels enfants peuvent être légitimés par le mariage que contractent leurs pere & mere ; & en quels cas*, 34
§. III. *Quels mariages ont l'effet de légitimer les enfants nés auparavant*, 46
§. IV. *Comment ſe fait la légitimation ; & quels en ſont les effets*, 50
§. V. *Quels ſont les effets de cette légitimation*, 54
Art. III. *De certains mariages, qui, quoi-*

que valablement contractés, n'ont pas les effets civils, 55
Ire ESPECE, ibid.
IIe ESPECE, 59
IIIe ESPECE, 62
ART. V. *Du cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils que lui donne la bonne foi des parties qui l'ont contracté*, 66

SIXIEME PARTIE.

DES Cassations de mariage ; de leurs dissolution ; & de la séparation d'habitation, 74

CHAPITRE PREMIER.

DES cassations de mariage, ibid.
ART. I. *Par qui les demandes en cassation de mariage peuvent-elles être intentées*, 75
§. I. *Des parties qui ont contracté le mariage*, ibid.
§. II. *Des peres & meres, & tuteurs*, 79
§. III. *Des tuteurs*, 81
§. IV. *Des parents collatéraux*, ibid.
§. V. *Des autres personnes qui ont intérêt à faire déclarer le mariage nul*, 83

§. VI. *Du Curé des parties*, ibid.
§. VII. *De la partie publique*, 87
ART. I. *Par quelles voies, & devant quels Juges la caſſation d'un mariage peut-elle être demandée*, 93
Premier cas, ibid.
Deuxieme cas, 97
Troiſieme cas, ibid.
ART. III. *De l'office du Juge dans les cauſes de caſſation de mariages ; & des jugements qui ſe rendent ſur cette matiere*, 98

CHAPITRE II.

De la diſſolution du mariage, 105
ART. I. *Du divorce & de l'eſclavage*, 106
§. I. *Du divorce*, ibid.
§. II. *De l'eſclavage*, 109
ART. II. *De la Profeſſion Religieuſe*, 111
§. I. *De l'inſuffiance de la Profeſſion Religieuſe pour rompre le lien du mariage*, ibid.
§. II. *Exception que le droit des décrétales & le Concile de Trente ont apportée au principe ſur l'inſuffiſance de la Profeſſion Religieuſe, pour rompre le lien du Mariage*, 119
ART. III. *Si l'adultere de la femme diſſout le mariage*, 134

ART. IV. *Lorſque l'un des conjoints qui ſe ſont mariés étant infidèles, ſe fait Chrétien, peut-il diſſoudre le lien du mariage qu'il a contracté avec l'autre qui perſévere dans l'infidélité,* 154

§. I. *Raiſons pour ſoutenir que ſaint Paul permet un véritable divorce qui rompt le lien du mariage,* 160

§. II. *Raiſons pour ſoutenir qu'un infidèle converti au Chriſtianiſme, ne peut rompre le lien du Mariage qu'il a contracté dans l'infidélité, & l'Arrêt intervenu ſur cette queſtion,* 165

CHAPITRE III.

DE *la ſéparation d'habitation,* 177

ART. I. *De la ſéparation d'habitation qui intervient ſur la demande de la femme,* ibid.

§. I. *Quelles ſont les cauſes pour leſquelles une femme peut demander la ſéparation d'habitation,* 178

§. II. *Comment s'obtient la ſéparation d'habitation* 187

§. III. *Des effets de la ſéparation d'habitation,* 171

ART. II. *De la ſéparation d'habitation qui intervient ſur la demande du mari,* 193

SEPTIEME PARTIE.

DES ſeconds mariages ; & de l'Edit des ſecondes noces, 198

CHAPITRE PREMIER.

DES ſeconds mariages, 198

CHAPITRE II.

DE l'Edit des ſecondes noces, 203

SECT. I. *Du premier chef de l'Edit des ſecondes noces*, 204

ART. I. *Quelles ſont les perſonnes auxquelles la défenſe de l'Edit eſt faite, & quelles ſont celles auxquelles il leur eſt défendu de donner*, 208

§. I. *Quelles ſont les perſonnes auxquelles la défenſe de l'Edit eſt faite*, ibid.

§. II. *Quelles ſont le perſonnes auxquelles l'Edit défend de donner*, 211

ART. II. *Quels ſont les avantages ſujets à la réduction de l'Edit*, 217

ART. III. *En quel cas y a-t-il lieu à la réduction de l'Edit, & à quelle part d'enfant ſont réductibles les Donations faites aux ſecond & ultérieurs maris, ou aux ſecondes femmes*, 244

ART. IV. *Quels Enfants peuvent demander le Retranchement ordonné par l'Edit*, 252
ART. V. *Quelles actions ont les Enfants pour demander le Retranchement ordonné par l'Edit ; & comment y procede-t-on*, 259
ART. VI. *Comment, & à quel titre se partagent les biens retranchés ; & entre quelles personnes*, 278
ART. VII. *Des donations de part d'enfants*, 285
SECT. II. *Du second chef de l'Edit*, 298
ART. I. *Quels avantages du premier mariage sont sujets au second chef de l'Edit*, 301
ART. II. *De l'espece de substitution légale dont l'Edit charge la femme ou l'homme qui se remarient*, 307
ART. III. *Quels sont les enfants qui sont appellés à recueillir la substitution légale établie par le second chef de l'Edit ; l'aîné y prend-t-il son droit d'aînesse ; & quand s'eteint-elle*, 318
§. I. *Quels sont les enfants qui sont appellés*, ibid.
§. II. *L'aîné a-t-il droit d'aînesse dans cette substitution*, 324
§. III. *Quand s'éteint cette substitution*, 325

SECT. III. *De l'extenſion que la Coutume de Paris a donnée à l'Edit, par rapport aux conquêts que la femme qui ſe remarie a de ſes précédents Mariages,* 328

ART. I. *De la défenſe faite par la Coutume, à la femme qui ſe remarie, de diſpoſer au profit de ſes ſeconds, ou autres ſubſéquents maris, des conquêts de ſes précédents mariages, au préjudice des enfants des mariages pendant leſquels ils ont été faits,* 331

§. I. *Quels ſont les biens compris dans cette défenſe,* 332

§. II. *De l'effet qu'a, par rapport au ſecond mari, la défenſe faite à la femme qui ſe remarie, de diſpoſer des conquêts de ſon premier Mariage,* 349

ART. II. *De la défenſe que fait la Coutume à la femme qui a convolé en ſecondes ou autres noces, de diſpoſer des conquêts de ſes précédents mariages envers quelque perſonne que ce ſoit,* 357

§. I. *Quelle eſt la nature de la défenſe de diſpoſer des conquêts, établie par l'article* 279 ; *& en quoi elle differe du ſecond chef de l'Edit,* 358

§. II. *Limitation de la défenſe de diſpoſer des conquêts aux portions des enfants du premier mariage,* 362

§. III. *Quelles eſpeces d'aliénation ſont compriſes ſous la défenſe de diſpoſer des conquêts, établie par l'Article* 299, 363

§. IV. *Quand ce droit qu'ont les enfants de faire infirmer les diſpoſitions que leur mere a faites des conquêts, eſt-il ouvert,* 365

§. V. *En quelle qualité les enfants des précédents mariages ont-ils ce droit de ſe faire délaiſſer, pour les portions qu'ils auroient amendées de leur mere, les conquêts qu'elle a aliénés contre la défenſe de l'Article* 279, 367

§. IV. *Quand ceſſe l'Interdiction,* 374

ART. III. *Si la diſpoſition de l'Article* 279 *de Paris ſur les conquêts du précédent Mariage, doit être étendue à l'homme qui s'eſt remarié; & ſi elle a lieu dans les autres Coutumes,* 317

§. I. *Si l'Article doit être étendu à l'homme qui s'eſt remarié,* ibid.

§. II. *Si la diſpoſition de l'Article* 279 *de la Coutume de Paris ſur les conquêts, a lieu ailleurs; & à quelle Coutume on doit avoir égard pour dé-*

cider ſi la diſpoſition qu'une femme, qui s'eſt remariée, a faite des conquêts ds ſes précédents mariages, eſt valable, 378

CHAPITRE III.

Des peines de l'Ordonnance de Blois contre les Veuves qui contractent des Mariages avec des perſonnes indignes 384

Fin de la Table des Chapitres.

TRAITE

TRAITÉ
DU CONTRAT
DE MARIAGE.

CINQUIEME PARTIE.

Des Obligations qui naiſſent du Mariage ; & des Effets civils qu'il produit.

CHAPITRE PREMIER.

Des Obligations qui naiſſent du Mariage.

ARTICLE PREMIER.

Des Obligations que les perſonnes qui ſe marient contractent l'une envers l'autre par le Mariage.

379. LES perſonnes qui ſe marient, contractent par le mariage réciproquement l'une envers l'autre, l'obligation de vivre enſemble dans une union

perpétuelle & inviolable, pendant tout le temps que durera le mariage, qui ne doit finir que par la mort de l'une des parties, & en conſéquence, de ſe regarder réciproquement, comme n'étant en quelque façon qu'une même perſonne, *erunt duo in carne unâ*

§. I.

Obligations du Mari.

380. Le mari eſt obligé en conſéquence, de recevoir chez lui ſa femme, de l'y traiter maritalement ; c'eſt-à-dire, de lui fournir tout ce qui eſt néceſſaire pour les beſoins de la vie, ſelon ſes facultés & ſon état. Il eſt obligé d'aimer ſa femme, de ſupporter ſes défauts, de faire de ſon mieux pour les corriger par les voies de douceur ; d'avoir pour elle une complaiſance raiſonnable, ſans néanmoins favoriſer ſes mauvaiſes inclinations. Lorſque ni lui ni ſa femme n'ont pas de biens pour ſe procurer les choſes néceſſaires à la vie, il eſt obligé de travailler aux ouvrages auxquels il eſt propre pour lui gagner ſa vie, autant que pour gagner la ſienne. Enfin, il eſt obligé envers ſa femme au devoir conjugal, lorſqu'elle le lui demande, & à n'avoir commerce charnel avec aucune autre femme, contre la foi qu'il lui a donnée.

381. De l'obligation que contracte le mari envers sa femme de la recevoir chez lui, & de l'y traiter maritalement, naît une action civile que la femme, lorsque son mari l'a chassée de chez lui, & refuse de l'y recevoir, peut intenter en Justice contre lui pour l'y faire condamner. Si le mari refusoit d'obéir à la Sentence qui l'y auroit condamné, la femme seroit fondée à demander que le Juge décernât contre le mari un exécutoire d'une somme d'argent, telle que le Juge estimeroit convenable, au paiement de laquelle il seroit contraint, faute d'obéir à la Sentence.

Ce refus pourroit aussi servir de fondement à une demande en séparation d'habitation, si la femme jugeoit à propos de l'intenter.

Les autres obligations du mari envers sa femme, que nous avons rapportées, concernent plutôt le for de la conscience, que le for extérieur.

§. II.

Obligations de la Femme.

382. La femme de son côté, contracte envers son mari l'obligation de le suivre par-tout où il jugera à propos d'établir sa résidence ou sa demeure, pourvu

néanmoins que ce ne ſoit pas hors le Royaume. Elle doit l'aimer, lui être ſoumiſe, lui obéir dans toutes les choſes qui ne ſont pas contraires à la loi de Dieu, & ſupporter ſes défauts; travailler de tout ſon pouvoir au bien commun du ménage. Enfin, elle eſt obligée envers ſon mari au devoir conjugal lorſqu'il le demande; à n'avoir de commerce charnel avec un autre homme, contre la foi qu'elle a donnée à ſon mari, & à n'accorder aucunes faveurs de cette eſpece.

383. De l'obligation que la femme contracte par le mariage de ſuivre ſon mari, naît une action que le mari a droit de former en Juſtice contre ſa femme lorſqu'elle l'a quitté, pour la faire condamner à retourner avec lui. La femme ne peut rien oppoſer pour ſe défendre de cette demande. Par exemple, elle n'eſt pas écoutée à oppoſer que l'air du lieu où eſt ſon mari eſt contraire à ſa ſanté; qu'il y regne des maladies contagieuſes. Elle ne l'eſt pas même à alléguer les mauvais traitements qu'elle prétendroit que ſon mari auroit exercés ſur elle, à moins qu'elle n'eût donné une demande en ſéparation d'habitation, pour raiſon deſdits mauvais traitements.

Le mari a non-ſeulement action contre ſa femme pour la faire condamner à re-

tourner chez lui, il a auſſi action contre les perſonnes chez qui ſa femme s'eſt retirée, quelles que ſoient ces perſonnes, fût-ce le pere ou la mere de ſa femme, pour les faire condamner à la renvoyer.

ARTICLE II.

Des Obligations que le Mariage produit dans les Pere & Mere envers les enfants qui en naiſſent ; & de celles qu'il produit dans les Enfants envers leurs Pere & Mere.

§. I.

Obligations des Pere & Mere.

384. Les perſonnes qui ſe marient, contractent par le mariage une obligation naturelle d'élever les enfants qui naîtront de leur mariage ; de leur fournir le aliments néceſſaires, & de leur donner une éducation convenable, juſqu'à ce qu'ils ſoient en état de pourvoir par eux-mêmes à leur ſubſiſtance. S'il ſe trouvoit des peres & meres qui fuſſent aſſez dénaturés pour manquer à ce devoir, le Miniſtere public, ſur la dénonciation des parents, pourroit les pourſuivre, pour, après information des mauvais traitements, & du refus des choſes néceſſaires,

faire ordonner par le Juge ce qu"il eſtimeroit convenable d'ordonner.

Les mauvais traitements peuvent quelquefois être ſi grands, & le refus des choſes néceſſaires porté à un tel point, qu'il ſeroit dangereux de renvoyer les enfants chez les pere & mere. Le Juge peut en ce cas en confier l'éducation à quelque perſonne de la famille, & condamner les pere & mere à payer la penſion.

385. Quoique l'obligation des pere & mere ceſſe, lorſque les enfants ſont parvenus à l'âge de pourvoir par eux-mêmes à leurs beſoins, néanmoins, lorſqu'un enfant qui eſt parvenu à cet âge, ſe trouve depuis tombé dans l'indigence, & que ſes infirmités ne lui permettent pas de pouvoir par ſon travail ſe procurer ſes aliments, l'obligation des peres & meres renaît; & ſur la demande que cet enfant peut en ce cas former contr'eux, ils doivent être condamnés à lui fournir les aliments néceſſaires, ſelon leur moyen : *Pius ita reſcripſit : aditi judices ali te à patre tuo jubebunt pro modo facultatum ejus, ſi modo cùm opificem te eſſe dicas, in eâ valetudine es, ut operi ſufficere non poſſis.* L. 5, §. 7, ff. de agnoſc. & alend. lib.

Un enfant eſt reçu à cette demande, quand même ſes pere & mere lui auroient

donné une ſomme d'argent, ou d'autres choſes, pour ſe former un établiſſement, qu'il auroit diſſipée par ſa mauvaiſe conduite ; ſon état préſent d'indigence eſt ſuffiſant pour fonder ſa demande.

Il n'y a qu'une offenſe conſidérable que l'enfant auroit commiſe envers ſes pere & mere, du nombre de celles pour leſquelles les lois prononcent la peine de l'exhérédation, qui puiſſe dans le for extérieur rendre l'enfant non-recevable dans cette demande, *d. l.* 5, §. 11 ; mais même dans ce cas, ſelon le for de la conſcience, ils ne peuvent pas refuſer à leurs enfants les aliments néceſſaires : ce ſeroit ſe rendre en quelque façon coupable d'homicide devant Dieu : *necare videtur & is qui alimenta denegat.* L. 4, ff. d. tit.

386. Cette obligation de fournir aux enfants les aliments néceſſaires, eſt une charge de la communauté de biens, tant qu'il y en a une qui ſubſiſte entre le pere & la mere : lorſqu'il y a ſéparation de biens, chacun y doit contribuer pour moitié, s'ils en ont l'un & l'autre le moyen ; ſinon, celle des deux parties qui a le moyen, en eſt tenue ſeule pour le total.

387. L'obligation des pere & mere envers leurs enfants, s'étend auſſi à leurs petits-enfants, mais elle n'eſt que ſubſidiaire ;

c'eſt-à-dire, qu'elle n'a lieu que dans le cas auquel ces petits-enfants n'auroient ni pere ni mere qui fuſſent en état de ſubvenir à leurs beſoins.

388. Une autre obligation des peres & meres envers leurs enfants, eſt celle de leur laiſſer une certaine portion des biens de leur ſucceſſion, qu'on appelle la légitime, s'ils ne la leur ont déja donnée de leur vivant en avancemeut de leur ſucceſſion. Nous traiterons de la Légitime dans un Ouvrage particulier, que nous donnerons par forme d'appendice à celui-ci.

§. II.

Obligations des Enfants.

389. Le enfants ſont obligés, de leur côté, d'aimer & d'honorer leurs pere & mere, de leur obéir, & de les aſſiſter dans leurs beſoins, ſelon leur moyen.

L'obéiſſance que les enfants doivent à leurs pere & mere, eſt ſans bornes tant que dure la puiſſance paternelle. Ils doivent pendant ce temps obéir à leurs pere & mere dans toutes les choſes qu'ils leur commandent, pourvu que ce qu'ils leur commandent ne ſoit pas contraire à la loi de Dieu ; mais lorſque les enfants ſont ſortis de la puiſſance paternelle, qui

finit dans le pays coutumier par la majorité des enfants, ou par le mariage qu'ils ont contracté de leur conſentement : en ce cas, ils peuvent vivre dans l'indépendance de leurs pere & mere, pouvu qu'ils ne s'écartent pas du reſpect qu'ils leur doivent, & qu'ils aient une complaiſance raiſonnable pour leurs volontés.

Les devoirs des enfants envers leurs pere & mere, les obligent à ne point contracter mariage ſans leur conſentement ; & quoique, lorſqu'ils ont atteint l'âge preſcrit par le loix, il leur ſuffiſe de le requérir, & qu'ils puiſſent, lorſqu'ils l'ont requis dans les formes, ſe marier impunément dans le for extérieur, ſans l'avoir obtenu ; néanmoins, ſelon les regles du for de la conſcience, ils ne doivent pas le faire ſans de très-grandes raiſons, ſur-tout lorſqu'ils ſont à portée de faire un mariage convenable avec quelqu'autre perſonne qui ſeroit agréable à leurs pere & mere. Les devoirs naturels de déférence dont les enfants ſont tenus envers eux, s'étendent juſques-là.

390. De l'obligation en laquelle ſont les enfants d'aſſiſter leurs pere & mere dans leurs beſoins, lorſqu'ils en ont le moyen, naît une action que les pere & mere qui ſont dans l'indigence peuvent former en Juſtice contre leurs enfants,

pour les faire condamner à leur fournir les aliments dont ils ont beſoin : *iniquiſſimum enim quis merito dixerit, patrem egere cùm filius ſit in facultatibus.* d. l. 5, §. 13.

La corruption des mœurs, qui eſt allée toujours en croiſſant, & qui eſt aujourd'hui parvenue à ſon comble, rend, à la honte de l'humanité, très-fréquentes au Palais, ces demandes, qui autrefois y étoient inouies.

Pour qu'elles procédent, il faut que deux choſes concourent : 1°. Il faut que les pere & mere ſoient ſans bien, & hors d'état de pouvoir, par leur travail ou leur induſtrie, ſe procurer les aliments néceſſaires. 2°. Il faut que les enfants ſoient en état de les leur fournir.

De-là il ſuit que lorſqu'un pere & une mere qui ont un peu de bien, qu'ils prétendent n'être pas ſuffiſant pour les faire vivre, demandent à leurs enfants des aliments ; il faut, pour qu'ils ſoient écoutés dens cette demande, qu'ils offrent d'abandonner à leurs enfants ce peu de bien qui leur reſte, à l'exception des meubles néceſſaires pour leur uſage, à la charge par leurs enfants d'acquitter, juſqu'à concurrence deſdits biens abandonnés, les dettes par eux contractées juſqu'à l'abandon qu'ils en font.

Sur cette demande, les enfants, lorſ-

qu'ils ſont en état de payer une penſion à leurs pere & mere, doivent être condamnés à la leur payer par quartiers & par avance : le Juge doit abitrer cette penſion, eu égard aux facultés des enfants, à la condition des pere & mere, & à l'état de leurs infirmités.

391. Lorſque les enfants ne ſont pas aſſez à leur aiſe pour pouvoir payer une penſion à leurs pere & mere, ſi ces enfants tiennent un ménage, ils doivent être condamnés à recevoir en leur maiſon leurs pere & mere, & les admettre à leur table & à leur feu, & à avoir pour eux les égards & les ſoins qui leur ſont dûs.

Lorſqu'il y a pluſieurs enfants, ſi chacun d'eux a le moyen de payer toute la penſion, ils doivent être condamnés ſolidairement à la payer. Cette dette eſt ſolidaire, lorſque chacun des enfants a le moyen de payer toute la penſion ; car chaque enfant conſidéré ſeul, lorſqu'il en a le moyen, eſt obligé, par le droit naturel, de fournir à ſon pere tout ce qui lui eſt néceſſaire pour vivre, & non pas ſeulement une partie de ce qui lui eſt néceſſaire. Le concours des autres enfants qui ont le moyen, comme lui, lui donne bien un recours contre eux, mais ne le diſpenſe pas, vis-à-vis de ſon pere, de ſatisfaire pour le tout à cette obligation.

Chaque enfant eſt donc, lorſqu'il en a le moyen, débiteur du total : *ſolidum à ſingulis debetur* ; ce qui fait le caractere de la dette ſolidaire.

Mais comme les enfants ne ſont tenus de cette dette, qu'autant & juſqu'à concurrence du moyen qu'ils ont, lorſqu'ils n'ont pas chacun le moyen de payer toute la penſion, mais ſeulement d'y contribuer pour une partie ; ils ne doivent être condamnés à la payer chacun que pour une partie.

Les enfants, lorſqu'ils ont tous le moyen, ſont condamnés à payer la penſion ſolidairement vis-à-vis de leur pere, & entr'eux, chacun par portions égales : mais lorſque quelqu'un des enfants n'a pas le moyen de contribuer à la penſion pour une portion égale à celle des autres, mais ſeulement à une ſomme au-deſſous de cette portion, il ne doit être condamné à contribuer à la penſion, que pour la ſomme à laquelle ſe bornent ſes moyens ; les autres enfants, qui ſont à leur aiſe, doivent être chargés du ſurplus. Par exemple, ſi le Juge a fixé à ſix cents livres la penſion d'un pere qui a trois enfants, dont deux ſont à leur aiſe, & en état chacun de payer toute la penſion, & un eſt mal-aiſé, qui ne peut, en ſe gênant, contribuer à la pen-

ſion que pour une ſomme de cent liv. le Juge, en ce cas, doit condamner ſolidairement les deux enfants riches à payer la ſomme de ſix cents livres, & l'enfant mal-aiſé à y contribuer pour une ſomme de cent livres.

Lorſque parmi les enfants, il y en a qui ne ſont pas en état de contribuer en rien à la penſion, ceux qui ſont en état de la payer, en doivent être ſeuls chargés.

Lorſque les enfants n'ont pas le moyen de payer une penſion, & ſont ſeulement en état de recevoir leurs pere ou mere en leurs maiſons & à leur table ; ſi c'eſt le pere ſeul ou la mere ſeule qui demande des aliments, les enfants doivent être condamnés à recevoir chez eux, chacun à leur tour, leur pere ou leur mere, pendant une certaine partie de l'année, à commencer par l'aîné des enfants : par exemple, s'ils ſont quatre enfants, on les condamne à les recevoir, tour-à-tour, chacun pendant trois mois de l'année.

Lorſque le pere & la mere demandent l'un & l'autre des aliments ; comme la charge des deux en même-temps pourroit être trop conſidérable, on peut la partager entre les enfants, en chargeant les uns du pere, & les autres de la mere.

Lorſque parmi les enfants il y en a qui

ne tiennent pas de ménage, qui ſont, par exemple, des domeſtiques, ou des perſonnes qui vont en journée ; ſi le Juge trouve qu'ils ſont en état de contribuer en quelque choſe aux aliments de leurs pere & mere, il doit les condamner à payer une modique ſomme, telle qu'il arbitrera pour leur quote-part des aliments de leurs pere & mere, à ceux des enfants qui ſe ſont chargés de les fournir, & d'avoir leurs pere & mere chez eux.

Un enfant qui n'a pas été doté, & qui n'a rien reçu de ſes pere & mere, peut-il ſur ce prétexte ſe diſpenſer de contribuer aux aliments de ſes pere & mere lorſqu'il en a le moyen, & rejetter cette charge ſur ceux qui ont été dotés ? Non ; car ce n'eſt pas la dot qu'un enfant a reçue de ſes pere & mere, qui eſt la cauſe d'où naît l'obligation en laquelle il eſt de fournir des aliments à ſes pere & mere ; ſa qualité d'enfant, l'état d'indigence de ſes pere & mere, & le moyen qu'il a d'y ſubvenir, ſont les ſeules cauſes de cette obligation, leſquelles ne ſe rencontrent pas moins dans les enfants qui n'ont pas été dotés, que dans ceux qui l'ont été.

392. Les enfants ne ſont obligés à fournir à leurs pere & mere que les choſes néceſſaires à la vie ; ils ne ſont pas obli-

gés à payer leurs dettes : *Parens quamvis ali à filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum ejus non esse cogendum exsolvere rescriptum est.* L. 5, §. 16, ff. *de agnosc. liberis.*

393. De même que nous avons vu *suprà, n.* 387, que l'obligation en laquelle sont les pere & mere de donner les aliments à leurs enfants, s'étend à leurs petits-enfants, mais subsidiairement seulement ; de même l'obligation en laquelle sont les enfants de donner des aliments à leurs pere & mere, s'étend à leur aïeul, bisaïeul, & autres parents de la ligne directe & ascendante, mais subsidiairement ; c'est-à-dire, au cas que les personnes par lesquelles l'enfant en descend, ou ne vivent plus, ou ne soient pas en état d'y subvenir.

§. III.

Des obligations respectives des Peres & Meres, & de leurs Enfants bâtards.

394. L'obligation en laquelle sont les pere & mere de nourrir leurs enfants, comprend même ceux qui sont nés d'unions illicites & de fornications. Lorsqu'une fille, ou une veuve est grosse des faits d'une homme, sur la plainte

qu'elle forme contre lui, & ſur l'intervention du miniſtere public, cet homme, s'il en convient, ou s'il en eſt convaincu, doit être condamné à ſe charger de l'enfant; à le faire élever dans la Religion, & à lui fournir les aliments néceſſaires; à en rapporter certificat tous les trois mois au Procureur du Roi, & à lui faire apprendre un métier, lorſqu'il ſera en état d'en apprendre un, pour le mette en état de gagner ſa vie.

Lorſque l'homme dénie avoir eu commerce avec la fille, la preuve que la fille ſera par témoins que cet homme a eu quelques familiarités ou privautés avec elle, ſuffit pour le faire préſumer, & le faire en conſéquence condamner à ſe charger de l'enfant.

Lorſque le pere n'eſt pas connu, ou lorſqu'il n'a pas le moyen, c'eſt la mere qui doit être chargée de l'enfant.

395. *Vice verſâ*, un bâtard eſt obligé, même dans le for extérieur, lorſqu'il en a le moyen, de fournir à ſes pere & mere qui ſont dans l'indigence, & hors d'état de gagner leur vie, les aliments néceſſaires, lorſque les pere & mere n'ont pas des enfants légitimes qui ſoient en état de leur en fournir.

CHAPITRE II.

Des Effets civils du Mariage.

NOUS verrons dans un premier Article quels ſont les effets civils du mariage : Nous traiterons dans un ſecond de la légitimation des enfants nés avant le mariage, qui eſt un des principaux effets civils du mariage : Dans un troiſieme, nous traiterons de certains mariages, qui, quoique valables, ſont privés des effets civils : Dans un quatrieme, de la bonne foi qui donne les effets civils à un mariage nul.

ARTICLE PREMIER.

Quels ſont les Effets civils du Mariage.

396. Les effets civils du mariage ſont, 1°. qu'il confirme toutes les conventions matrimoniales, & donations portées au contrat de mariage ; car toutes ces conventions & donations dépendent d'une condition tacite, *ſi nuptiæ ſequantur* ; laquelle ne peut recevoir ſon accompliſſement, que par un mariage qui ait les effets civils. Lorſque le mariage n'eſt pas

droit de puiſſance paternelle dans toute ſon étendue.

400. 5°. Un effet civil du mariage propre au mari, eſt le droit de puiſſance maritale qu'il acquiert ſur la perſonne & les biens de ſa femme : il fera auſſi la matiere d'un Traité particulier.

401. 6°. Un des effets civils du mariage, qui concerne particulierement la femme, eſt que la femme acquiert par le mariage le nom de ſon mari ; ce qui eſt fondé ſur ce qu'elle n'eſt plus cenſée faire avec ſon mari qu'une ſeule perſonne, dont il eſt le chef, *erunt duo in carne unâ.*

402. 7°. Un des effets civils du mariage, fondé ſur la même raiſon que le précédent, eſt que la femme par le mariage ſuit la condition de ſon mari ; quoiqu'elle fût de condition roturiere, elle devient noble par le mariage qu'elle contracte avec un homme noble : elle participe à tous les titres de ſon mari. Si ſon mari eſt Duc, Marquis, Comte, Baron, *&c.* elle devient, en l'épouſant, Ducheſſe, Maquiſe, Baronne, *&c.* elle participe à tous les rangs, honneurs, préſéances & prééminences de ſon mari : elle conſerve même après la diſſolution du mariage la nobleſſe & les titres de ſon mari, tant qu'elle demeure en viduité.

Vice verſâ. Lorſqu'une femme noble

épouſe un homme d'une condition roturiere, elle perd ſa nobleſſe pendant que le mariage dure, & elle eſt cenſée être de même condition que ſon mari ; mais après la diſſolution du mariage, elle reprend ſa nobleſſe qui avoit été comme éclipſée par l'interpoſition de la perſonne de ſon mari.

Obſervez néanmoins, que ſi elle avoit fait pendant ſon mariage quelques actes dérogeants à nobleſſe, *putà* un commerce en détail, il lui faudroit des lettres de réhabilitation pour pouvoir reprendre ſa nobleſſe.

403. 8°. Un autre effet civil du mariage, fondé encore ſur les mêmes raiſons que les précédents, & que la femme, en ſe mariant, perd ſon domicile, & acquiert celui de ſon mari, & cela auſſi-tôt que le mariage a reçu ſa perfection par la bénédiction nuptiale, avant qu'elle ſoit allée dans le lieu du domicile de ſon mari.

C'eſt pourquoi, lorſqu'une femme épouſe un homme d'une différente Province, elle ceſſe dès l'inſtant qu'elle eſt mariée, d'être ſujette aux Loix de la Province, & elle devient ſujette aux loix de la Province de ſon mari.

404. 9°. C'eſt encore un effet civil du mariage, que la femme acquiert par le

que les parties ont eu enſemble avant leur mariage. Nous en allons traiter avec étendue dans l'article ſuivant.

ARTICLE II.

De la légitimation que le Mariage opere des enfants nés du commerce que les parties ont eu enſemble auparavant.

Nous verrons, 1°. d'où cette légitimation tire ſon origine, & ſur quelles raiſons elle eſt fondée. 2°. Quels enfants peuvent être ainſi légitimés. 3°. Quels mariages peuvent opérer cette légitimation. 4°. Comment elle ſe fait. 5°. Quels en ſont les effets.

§. I.

De l'origine de la Légitimation qui ſe fait par le Mariage ; & des raiſons ſur leſquelles elle eſt fondée.

La légitimation des enfants *per ſubſequens matrimonium*, tire ſa premiere origine d'une conſtitution de l'Empereur Conſtantin, qui ne nous eſt pas parvenue, mais dont la teneur nous eſt rapportée par l'Empereur Zénon en la Loi 5, *cod. de Nat. lib.*

Cette Loi rapporte que l'Empereur

Conſtantin avoit fait une conſtitution, ſuivant laquelle, lorſqu'un homme avoit des enfants naturels d'une femme de condition ingénue, qu'il avoit à titre de concubine, & qu'il n'avoit aucuns enfants légitimes d'un mariage légitime qu'il auroit auparavant contracté avec une autre femme; le mariage légitime qu'il contractoit avec la femme qu'il n'avoit eu d'abord qu'à titre de concubine, non-ſeulement donnoit à cette femme le titre & les droits de femme légitime, *juſta uxor*; mais donnoit pareillement le titre & tous les droits d'enfants légitimes aux enfants qu'il avoit eus de cette femme pendant qu'elle n'étoit encore que concubine, de même que s'ils fuſſent nés durant le mariage, leſquels en conſéquence étoient *ſui hæredes*, & ſuccédoient à leur pere, même avec les autres enfants nés durant le mariage, concurremment & ſans aucune diſtinction.

L'Empereur Zénon par cette Loi 5, ordonne l'exécution de la conſtitution de Conſtantin à l'égard ſeulement des enfants nés; mais il l'abroge à l'égard de ceux qui naîtront par la ſuite *ex concubinatu*, & ne permet pas qu'ils puiſſent être légitimés par le mariage légitime que leur pere contracteroit depuis avec leur mere; le pere devant s'imputer de n'avoir pas

ſans même qu'il ſoit beſoin que leur pere leur accorde expreſſément la liberté, ils deviennent libres & enfants légitimes de plein droit par le mariage légitime que leur pere contracte avec leur mere.

Il paroît même par les termes généraux dans leſquels eſt conçue cette Novelle, qu'elle n'exige plus pour la légitimation des enfants nés dans l'eſclavage, que leur pere n'eût pas d'enfant légitime d'une autre femme.

410. Le Droit canonique a encore enchéri ſur les Loix Romaines. Ce n'étoit qu'aux enfants nés *EX CONCUBINATU*, qui étoit une union permiſe par les Loix, & un vrai mariage naturel, *ſuprà*, *n.* 7, que les Loix Romaines accordoient le droit d'acquérir le titre & les droits d'enfants légitimes, par le mariage légitime que contractoient depuis enſemble leur pere & leur mere. Ce n'eſt que de ces enfants nés *ex concubinatu*, qu'ont parlé toutes les Loix que nous avons rapportées; & il n'y en a aucune qui ait accordé le même droit aux enfants nés d'une union illicite, telle que la fornication.

C'eſt pourquoi les Loix Romaines ſur cette matiere, ne peuvent guere recevoir d'application dans notre Droit François, qui a rejetté le *concubinatus*, & qui ne permet aucune autre union entre un

homme & une femme, que le mariage légitime.

Le Droit canonique a été plus indulgent pour la légitimation des enfans nés avant le mariage par le mariage ſubſéquent de leurs pere & mere : il veut que les enfants, quoique nés d'une union illicite, telle qu'eſt la fornication, ſoient légitimés par le mariage légitime que contractent depuis enſemble leurs pere & mere, pourvu que lors du commerce dont ils ſont nés, leurs pere & mere aient été capables de contracter mariage enſemble.

La couleur que le Droit canonique donne à cette légitimation, eſt qu'il ſuppoſe que lorſque les pere & mere de ces enfants ont eu enſemble le commerce charnel dont ils ſont nés, ils avoient dès-lors intention de contracter mariage enſemble : que c'eſt la violence de la paſſion qu'ils avoient l'un pour l'autre, qui les a fait ſuccomber à la tentation d'en prévenir le temps : que ce commerce eſt une eſpece d'anticipation du mariage qu'ils ſe propoſoient alors de contracter, & qu'ils ont depuis effectivement contracté : que les enfants nés de ce commerce, doivent en conſéquence être regardés comme des fruits anticipés de ce mariage, & comme s'ils en étoient nés. C'eſt pour

ces raiſons que le Pape Alexandre III. en ſa Décrétale, rapportée au ch. 6, *ext. qui filii ſint legit.* dit : la force du mariage eſt ſi grande, qu'elle rend légitimes les enfants que les parties contractantes ont eus enſemble avant leur mariage : *tanta eſt vis matrimonii ut qui antea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium, legitimi habeantur.*

Le Pape ne borne pas ſa déciſion, comme faiſoient les Loix Romaines, aux enfants nés *ex concubinatu*, qui ſans être une union légitime, étoit une union innocente & permiſe. Les termes généraux dans leſquels eſt conçu le principe qu'il établit, renferment tous les enfants nés du commerce que les parties ont eu avant leur mariage, quoiqu'il fût illicite, telle qu'eſt la fornication.

411. Il paroît qu'il a ſeulement voulu excepter du principe le cas auquel les parties, lors de l'habitude charnelle qu'elles ont eue enſemble, n'euſſent pas été capables de contracter alors mariage enſemble. C'eſt pourquoi il ajoute, que ſi un homme marié a eu pendant ſon mariage habitude charnelle avec une fille, il ne peut pas en épouſant cette fille après la diſſolution de ſon mariage, légitimer l'enfant né de cette habitude, parce qu'étant alors marié, il n'étoit pas libre ; les par-

ties n'étoient pas alors capables de contracter mariage enſemble : *ſi autem*, dit le Pape, *vir, vivente uxore ſuâ, aliam cognoverit, & ex eâ prolem ſuſceperit, licèt poſt mortem uxoris eamdem duxerit, nihilominus ſpurius erit filius . . . quoniam* (*) *matrimonium legitimum inter ſe contrahere non potuerunt.*

La raiſon de cette exception, eſt que la couleur qu'on donne à la légitimation, en ſuppoſant que le commerce charnel dont les enfants ſont nés, eſt intervenu en vue du mariage, & qu'il en eſt une eſpece d'anticipation, *ſuprà, n. præced.* ne peut alors ſe rencontrer ; car lorſque les parties ſont incapables de contracter mariage enſemble, *putà* par rapport à ce que l'une d'elles eſt engagée dans un mariage avec une autre perſonne, on ne peut plus ſuppoſer que le commerce charnel qu'ils ont eu, eſt intervenu en vue du mariage qu'ils ſe propoſoient de contracter enſemble, puiſqu'elles étoient alors incapables de le contracter, & qu'elles ne pouvoient pas même décemment eſpérer d'en devenir capables par la ſuite.

(*) Ces derniers termes importants ont été mal-à-propos omis dans la collection de Grégoire IX, dans la vue d'abréger ; ils ſe trouvent dans les anciennes compilations.

4. 2. Les principes du Droit canonique ſur l'effet qu'il donne au mariage, de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu enſemble avant le mariage, ſont ſuivis dans notre Droit François, non par l'autorité des Décrétales en elles-mêmes : elles n'en ont aucune en France, ſur-tout ſur une matiere telle que la légitimation des enfants, qui appartient à l'ordre politique, & n'eſt en aucune maniere de la compétence de la puiſſance Eccléſiaſtique ; mais l'équité & la faveur que ces principes renferment, nous les ont fait embraſſer.

Lorſqu'une fille a eu le malheur d'avoir habitude charnelle avec un homme, il eſt intéreſſant pour le bon ordre que l'homme couvre cette faute, & répare l'honneur de la fille en l'épouſant. Mais comme il arrive ſouvent, ou que l'homme ſe dégoute de la fille pour qui il avoit eu d'abord de la paſſion, ou que ſans ſe marier ils continuent de vivre dans le déſordre, il étoit de la ſageſſe des Loix de fournir à l'homme des motifs qui le portaſſent à épouſer la fille avec qui il a eu habitude. C'eſt ce qu'a fait le Droit canonique en donnant au mariage l'effet de légitimer les enfants nés du commerce charnel, que les parties ont eu auparavant le mariage. On ne pouvoit pas fournir

à l'homme, qui a eu commerce avec une fille, un motif plus puiſſant pour le porter à l'épouſer. La tendreſſe que la nature inſpire à un pere pour ſes enfants naturels, le porte à leur procurer le titre & les droits d'enfants légitimes, lorſqu'il a un moyen pour les leur procurer, & par conſéquent à contracter avec leur mere un mariage légitime, qui eſt le ſeul moyen qu'il ait pour le leur procurer.

La ſageſſe du Droit canonique, qui par la légitimation des enfants *per ſubſequens matrimonium*, fournit à un homme qui a eu habitude charnelle avec une fille, le motif le plus puiſſant qu'on pût trouver pour le porter à l'épouſer, eſt donc évidente. Ces raiſons ont fait adopter dans notre Droit les principes du Droit canonique ſur cette matiere. Quelques-unes de nos Coutumes en ont des diſpoſitions. Troyes, *art.* 108, dit : « Les enfants nés » hors mariage, *de soluto et soluta*, puis, que le pere & la mere » s'épouſent l'un l'autre, ſuccedent & » viennent à partage avec les autres en» fants, ſi aucuns y a. » Sens, *art.* 92, a une ſemblable diſpoſition. C'eſt un Droit commun reçu dans tout le Royaume, que perſonne ne révoque en doute.

§. II.

Quels Enfants peuvent être légitimés par le Mariage que contractent leurs Pere & Mere; & en quels cas.

413. Il n'eſt pas douteux que lorſque les enfants nés avant le mariage, ſont vivants lors du mariage que contractent depuis leurs pere & mere; ce mariage, en les légitimant, leur fait acquérir les droits de famille dans les familles de leurs pere & mere, non-ſeulement pour eux-mêmes, mais pour tous leurs deſcendants, quoique nés comme eux avant ce mariage.

Il y a plus de difficulté lorſque l'enfant né avant le mariage, eſt mort auſſi avant le mariage, & a laiſſé des deſcendants. Le mariage que contractent par la ſuite le pere & la mere de cet enfant, donne-t-il les droits de famille aux deſcendants de cet enfant? Balde & quelqu'autres anciens interpretes, cités par Fachin, *Controv. III*, 56, ont tenu la négative. La raiſon ſur laquelle ils ſe fondent, eſt que l'enfant n'ayant jamais eu les droits de famille, puiſqu'il n'étoit plus au monde lors du mariage de ſes pere & mere, qui ſeuls pouvoient les lui

faire acquérir ; il n'a pu les faire paſſer à ſes deſcendants, qui ne peuvent les avoir que par ſon canal. Barthole & les Docteurs cités par Fachin, tiennent l'opinion contraire : elle eſt auſſi ſuivie par Perez, *ad tit. cod. de natural. lib.* & elle paroît la plus plauſible. La légitimation a été établie, non-ſeulement en faveur des enfants nés de l'union que les parties ont eu enſemble avant leur mariage, mais en faveur de tous ceux qui en ſont deſcendus, leſquels ne ſont pas moins dignes de cette faveur que ceux qui en ſont nés. La Loi par la fiction de la légitimation, purge le vice de l'union que les parties ont eu enſemble avant le mariage ; la fait regarder comme une eſpece d'anticipation du mariage qu'elles ont depuis contracté, & par conſéquent les enfants qui ſont nés, & tous ceux qui en ſont deſcendus, comme enfants de ce mariage par anticipation : en vain dit-on que le mariage n'a pu légitimer l'enfant qui n'étoit plus au monde. Rien n'empêche qu'en faveur de ſes deſcendants, cet enfant même après ſa mort, ne puiſſe, par la fiction de la légitimation, être regardé comme ayant toujours été légitime, le mariage intervenu depuis ſa mort ayant purgé le vice de l'union dont il étoit né. Dans l'eſpece de la Loi *ſi filium* 5. *ff. de grad. & aff.* lorſqu'un

pere, après la mort de ſon fils, adopte une autre perſonne, l'enfant mort avant l'adoption, eſt cenſé avoir été le frere de l'enfant adopté, quoiqu'il ne fût plus au monde lors de l'adoption qui lui donne cette qualité : pourquoi ne pourra-t-on pas de même ſuppoſer que l'enfant mort avant le mariage ait eu toute ſa vie le titre & les droits d'enfant légitime, quoiqu'il ne fût plus au monde lors du mariage, qui par la fiction de la légitimation le fait ſuppoſer tel ?

414. Pour que les enfants nés avant le mariage ſoient capables d'être légitimés par le mariage de leur pere, les principes du Droit canonique que nous avons adoptés dans notre Droit, ne demandent autre choſe, ſinon que lors de l'habitude charnelle que leurs pere & mere ont eu enſemble, ils aient été capables de contracter mariage enſemble.

De ce principe naît la déciſion d'une queſtion agitée entre les anciens Canoniſtes, ſi l'enfant né du commerce charnel, qu'un ſimple Clerc, quoique pourvu de bénéfice, a eu avec une fille, peut être légitimé par leur mariage intervenu depuis ? Il n'eſt pas douteux, ſuivant le principe propoſé, qu'il peut l'être ; car le pere & la mere, lors du commerce charnel dont il eſt né, étoient capables

de contracter mariage enſemble. Le bénéfice dont ce Clerc étoit revêtu, n'eſt pas un empêchement de mariage; il perd ſeulement ſon bénéfice en ſe mariant. C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 7 Septembre 1675, rapporté au Journal du Palais.

Il en eſt de même du commerce charnel qu'un homme auroit eu avec une Religieuſe novice. L'enfant né de ce commerce eſt légitimé par le mariage que ſon pere & ſa mere ont contracté depuis; car ils étoient capables de le contracter dans le temps qu'ils ont eu ce commerce enſemble, n'y ayant que la profeſſion ſolemnelle qui en rend incapable.

Les parties ſont cenſées avoir été capables de contracter mariage enſemble lors du commerce charnel qu'elles ont eu avant leur mariage, lorſqu'elles étoient capables de le contracter, au moins à l'aide d'une diſpenſe facile à obtenir, quoiqu'elle ne fût pas encore obtenue. C'eſt pourquoi lorſque des couſins ſe marient avec diſpenſe, les enfants nés du commerce qu'ils ont eu enſemble auparavant, ſont légitimés par leur mariage: la diſpenſe qu'ils ont obtenue, à qui on donne un effet rétroactif, purge le vice d'inceſte qu'avoit le commerce qu'ils ont eu avant leur mariage.

415. Mais ſi lors du commerce charnel qu'un homme a eu avec une femme, ils étoient abſolument incapables de contracter alors mariage enſemble, le mariage qu'ils contractent par la ſuite ne peut légitimer les enfants qui en ſont nés: comme lorſqu'un homme marié a eu un commerce adultérin avec une femme, le mariage qu'il a contracté depuis avec elle après la mort de ſa femme, ne peut légitimer les enfants nés de ce commerce adultérin; car lors de ce commerce ils étoient abſolument incapables de contracter alors mariage enſemble, un homme ne pouvant pas pendant ſon mariage épouſer une autre femme.

C'eſt pourquoi on doit tenir pour regle générale que le mariage ne peut légitimer que les enfants nés d'un commerce *inter ſolutum & ſolutam*, c'eſt-à-dire, libres l'un & l'autre d'un autre engagement, & qui étoient capables de contracter dès-lors mariage enſemble; & qu'il ne peut jamais purger le vice d'un commerce adultérin pour légitimer les enfants qui en ſont nés.

416. C'eſt une queſtion qui a été grandement agitée entre les Docteurs: ſi cette regle doit recevoir exception dans le cas auquel l'une des parties auroit ignoré que l'autre étoit mariée lors du

commerce charnel qu'elles ont eu enſemble ? Ceux qui admettent cette exception, tirent leur principal argument du chap. *ex tenore ext. qui filii ſint legit.* Suivant cette Décrétale, comme nous le verrons *infrà* en l'article 4, lorſqu'une partie contracte de bonne foi un mariage nul, qu'elle croit légitime, dans l'ignorance où elle eſt de l'empêchement qui le rend nul, comme lorſqu'une femme épouſe un homme qu'elle ignore être marié à une autre femme, la bonne foi de cette partie, & l'ignorance où elle eſt du vice qui rend ſon mariage nul, fait donner à ce mariage, quoique nul, les effets d'un mariage légitime, & par conſéquent le titre & les droits d'enfants légitimes, aux enfants qui en ſont nés: donc par la même raiſon, diſent ces Docteurs, lorſqu'une femme a habitude charnelle avec un homme qu'elle ignore être marié, & avec qui elle croit ne commettre qu'une fornication, & non un adultere, *aut vice verſâ*, l'ignorance en laquelle eſt cette femme, que l'homme avec qui elle avoit ce commerce étoit marié, & que leur commerce étoit adultérin, doit empêcher qu'il ne ſoit regardé comme adultérin, & il doit paſſer pour une ſimple fornication, dont le vice peut être purgé par un mariage légitime qu'ils contractent par la ſuite enſemble.

Enfin, pour éluder le principe ſur cette matiere, qui ne permet pas que le mariage puiſſe purger le vice du commerce charnel que les parties ont eu enſemble auparavant, s'ils n'étoient dès le temps de ce commerce, capables de contracter mariage enſemble ; ces Docteurs répondent, que s'ils n'étoient pas capables de contracter enſemble un véritable mariage, ils étoient capables de contracter enſemble un mariage putatif, lequel en conſéquence de l'ignorance de la femme, auroit eu les effets d'un véritable mariage.

Ceux qui rejettent l'exception, diſent au contraire, que le Pape Alexandre III, ayant dit en termes généraux, que les enfants nés avant le mariage, ne pouvoient être légitimés par le mariage, dans le cas auquel leurs pere & mere, lors du commerce dont ils ſont nés, n'étoient pas capables de contracter mariage enſemble, & qu'en conſéquence les enfants nés du commerce qu'un homme marié avoit eu du vivant de ſa femme avec une fille, ne pouvoient être légitimés par le mariage que cet homme a, depuis la mort de ſa femme, contracté avec leur mere ; & n'ayant point diſtingué ſi leur mère, lors du commerce charnel qu'elle a eu avec leur pere, ſçavoit qu'il fût marié ou ſi elle l'ignoroit, on ne doit pas faire

une diſtinction que la Loi n'a pas faite: *ubi lex non diſtinguit, nec nos debemus diſtinguere;* & on doit décider indiſtinctement, que le mariage ne peut légitimer les enfants nés du commerce qu'un homme marié a eu avec une fille, ſoit que cette fille ait ſçu qu'il étoit marié, ſoit qu'elle l'eût ignoré.

Pareillement les Coutumes de Troyes & de Sens, ci-deſſus citées, qui nous ont rapporté les principes du Droit François ſur la matiere de la légitimation, ayant dit que les enfants nés avant le mariage *ex ſoluto & ſolutâ*, étoient légitimés par le mariage que contractent par la ſuite leurs pere & mere; n'y ayant que les enfants nés *ex ſoluto & ſolutâ*, qui ſoient compris dans la diſpoſition de la loi, il n'y a qu'eux qui peuvent prétendre à la grace de la légitimation accordée par la Loi: on ne peut l'étendre à ceux nés *ex conjugato & ſolutâ*, qui n'y ſont point compris. Peu importe donc que la partie qui étoit libre ait ſçu ou ait ignoré que l'autre fût mariée: il ſuffit que les enfants ne ſoient pas nés *ex ſoluto & ſolutâ*, mais qu'ils le ſoient *ex conjugato & ſolutâ*, pour qu'ils ne puiſſent être légitimés.

A l'égard de l'argument que les partiſans de l'exception tirent du chapitre

EX TENORE, qui fait tout le fondement de leur opinion, la réponſe eſt, que c'eſt mal-à-propos qu'ils comparent le cas du chapitre *ex tenore*, avec celui qui fait l'objet de la queſtion. Il n'y a aucune comparaiſon à faire entre une femme qui croit contracter un mariage légitime en épouſant un homme qu'elle ignore être marié à une autre, qui eſt le cas du chapitre *ex tenore*; & une femme qui a un commerce avec un homme, qu'elle ſçait être criminel, quoiqu'elle ignore qu'il ſoit adultérin. Dans le cas du chapitre *ex tenore*, la femme qui épouſe un homme qu'elle ignore être marié, eſt parfaitement innocente; elle croit contracter un mariage légitime; la Loi lui tient compte de la bonne intention qu'elle a de donner à l'Etat des enfants légitimes par un mariage qu'elle croit légitime, & elle la récompenſe en donnant en ſa conſidération aux enfants nés de ce mariage, quoique nul, les titres & les droits des enfants légitimes. Au contraire, dans l'eſpece de la queſtion préſente, la femme qui a une habitude charnelle avec un homme qu'elle ignore être marié, n'eſt pas innocente; quoiqu'elle croie ne commettre avec cet homme qu'une ſimple fornication, & non un adultere, elle n'ignore pas que le commerce qu'elle a avec cet homme, eſt dé-

fendu par la Loi de Dieu, qui ne défend pas ſeulement l'adultere, mais qui défend auſſi la fornication. Cette femme par ce commerce, *DABAT OPERAM REI ILLICITÆ*; l'ignorance où elle étoit que l'homme fût marié, n'eſt donc pas une ignorance innocente, *INCULPABILIS*, qui puiſſe empêcher que le commerce qu'elle a eu avec cet homme, ne doive être conſidéré non comme tel qu'il étoit dans l'opinion de cette femme, mais comme tel qu'il étoit effectivement, c'eſt-à-dire, comme un commerce adultérin, dont le vice ne peut être purgé par le mariage légitime que les parties contractent depuis enſemble. Il n'y a donc aucune parité ni aucune comparaiſon à faire entre le cas du chapitre *ex tenore*, & celui de la queſtion préſente. Le Cardinal de Palerme (*Panormitanus*) fait très-bien ſentir la diſparité de ces deux cas, *quia contrahens matrimonium*, dit-il, *dat operam rei licitæ, ideò ignorantiâ ſuâ excuſatur; ſed admittens virum ſine matrimonio, dat operam rei illicitæ, ideò ignorantia ſua non eſt probabilis, nec debet inde conſequi præmium, & danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ ſequuntur præter voluntatem ſuam.* Barthole, *ad l.* 38, §. 1, ff. *ad l. Jul. de Adult.*, dit pareillement : *quandocunque coitus ſit ſine colore matrimonii*

tunc indiſtinctè punitur, ſecundùm illud quod eſt in veritate, non ſecundùm id quod putabat, qui dabat ab initio operam rei illicitæ. Cette queſtion s'eſt préſentée à l'Audience de la Grand'Chambre, dans la cauſe d'une fille de Tiberio-Fiorelli, connu ſous le nom de Scaramouche, née du commerce que ce Fiorelli, du vivant de ſa premiere femme, avoit eu avec une nommée Marie Duval, qui ignoroit, comme tout le monde, qu'il fût marié ; cette fille ayant prétendu avoir été légitimée par le mariage légitime que Fiorelli avoit depuis & après la mort de ſa premiere femme, contracté avec ladite Marie Duval, elle fut déboutée de ſa prétention par Arrêt du 4 Juin 1697, ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau. La queſtion eſt traitée à fond dans ſon plaidoyer, qui eſt le quarante-ſeptieme, au quatrieme tome de ſes Œuvres.

417. On a fait une autre queſtion, qui eſt de ſçavoir ſi, pour qu'un enfant ſoit cenſé né *ex ſoluto & ſolutâ*, & qu'il ſoit en conſéquence capable de légitimation *per ſubſequens matrimonium*, il ſuffit que ſes pere & mere, lorſqu'il eſt venu au monde, fuſſent libres, c'eſt-à-dire, non engagés dans aucun mariage, quoiqu'au temps du commerce charnel qu'ils ont eu enſemble, duquel cet enfant eſt né, l'un

d'eux fût alors marié ? Fachin, *controv. liv. 3, cap. 50*, cite pour l'affirmative pluſieurs Canoniſtes de grand nom, à l'avis deſquels il ſe range. Ils ſe fondent principalement ſur ce qui eſt dit au titre *de ingenuis* des Inſtitutes de Juſtinien : que pour que je ſois ingénu, il ſuffit que ma mere ait été de condition libre au temps de ma naiſſance, quoiqu'elle fût encore eſclave au temps de ma conception, *aut vice verſâ*. Je trouve l'opinion contraire bien plus raiſonnable. Le texte des Inſtitutes, qui fait le principal fondement de l'opinion de Fachin, & des Auteurs par lui cités, ne me paroît avoir aucune application à la queſtion. L'état d'ingénuité d'une perſonne, dépend uniquement de la condition de PERSONNE LIBRE qu'a dû avoir ſa mere. On a décidé favorablement qu'il ſuffiſoit que la mere ait eu cette qualité de PERSONNE LIBRE, ſoit au temps de la conception, ſoit au temps de la naiſſance de l'enfant, ſoit dans le temps intermédiaire : mais dans l'eſpece de la préſente queſtion, la capacité de la légitimation *per ſubſequens matrimonium*, dépend de la qualité du commerce charnel dont eſt né l'enfant. S'il étoit adultérin, l'enfant ne peut être capable de la légitimation ; mais quand même au temps de la naiſſance de l'enfant, ſon pere &

ſa mere n'auroient plus été l'un & l'autre engagés dans aucun mariage, il ſuffit que lors du commerce charnel qu'ils ont eu enſemble, l'un des deux fût marié, pour que le commerce ait été adultérin, & pour que l'enfant qui en eſt né, ſoit né d'un commerce adultérin, & par conſéquent incapable de la légitimation qui ſe fait *per ſubſequens matrimonium.*

§. III.

Quels Mariages ont l'effet de légitimer les Enfants nés auparavant.

418. Pour qu'un mariage ait l'effet de légitimer les enfants nés du commerce que les parties ont eu auparavant, il faut, non-ſeulement que ce mariage ait été valablement contracté, mais encore que ce ſoit un mariage qui ne ſoit pas privé des effets civils par nos Loix. Cela eſt évident: l'effet de légitimer les enfans nés auparavant le mariage, étant un des principaux effets civils du mariage, un mariage privé des effets civils, ne peut pas avoir cet effet.

Cela fait ceſſer dans notre Droit François la queſtion agitée entre les Docteurs: ſi un mariage contracté *in extremis* peut légitimer les enfants nés du com-

merce que les parties ont eu auparavant leur mariage? Nos Loix ayant privé des effets civils ces mariages, comme nous le verrons en l'article ſuivant, c'eſt une conſéquence qu'ils ne puiſſent légitimer les enfants que les parties ont eu auparavant.

419. Il y a certains mariages auxquels, quoiqu'ils ſoient nuls, la Loi donne les effets civils, en conſidération de la bonne foi des parties, ou de l'une d'elles, qui ont ignoré l'empêchement qui le rendoit nul. On demande s'ils peuvent avoir l'effet de légitimer les enfants nés du commerce qu'ont eu les parties avant ce mariage putatif, & dans un temps où ils étoient capables de contracter mariage enſemble? Non: ſi on donne à ce mariage putatif les effets civils, à l'effet que les enfants qui en ſont nés, aient le titre & les droits d'enfants légitimes, c'eſt qu'ils ſont nés d'un commerce innocent, au moins de la part d'une des parties; mais ceux nés du commerce que les parties ont eu avant ce mariage putatif, étant nés d'un commerce criminel de la part des deux parties, ne méritent pas qu'on s'écarte des regles en leur faveur. Le vice du commerce dont ils ſont nés ne peut être purgé, & ils ne peuvent être légitimés que par la force & l'efficace d'un véritable

mariage qui ſeroit intervenu depuis entre leurs pere & mere : un mariage putatif ne peut avoir cet effet. A plus forte raiſon, le mariage putatif ne peut légitimer les enfants nés auparavant, ſi lors du commerce qu'ont eu leurs pere & mere, & dont ils ſont nés, leurs pere & mere étoient déja alors incapables de contracter mariage enſemble, quoiqu'ils ignoraſſent l'empêchement. Car en ce cas ces enfants ne pourroient pas être légitimés, même par un mariage légitime, comme nous l'avons vu, *ſuprà n.* 416.

C'eſt pourquoi par l'Arrêt intervenu dans l'affaire du fameux Jean Maillard le 15 Mars 1674, qui eſt rapporté au troiſieme tome du Journal des Audiences, les enfants nés du commerce que Thibault de la Boiſſiere avoit eu avec la femme de Maillard, qu'on croyoit mort, & qu'il avoit depuis épouſée, furent avec raiſon déclarés illégitimes, & n'avoir pu être légitimés par le mariage que leurs pere & mere avoient depuis contracté, lequel par la repréſentation de Maillard, ſe trouva nul ; car ces enfants n'auroient pas même pu être légitimés par un mariage légitime, ſuivant les principes établis, *ſuprà d. n.* 416.

420. L'inégalité de condition des parties qui contractent mariage, n'étoit pas, ſelon

lon notre Droit François, ſeule ſuffiſante pour empêcher que leur mariage ne ſoit valable, ni pour empêcher qu'il ait les effets civils; c'eſt une conſéquence qu'elle n'empêche pas que les enfants nés du commerce que les parties ont eu auparavant leur mariage, ne ſoient légitimés par le mariage, quoique quelques anciens Docteurs, cités par Fachin, *l. 3, controv. cap.* 53, aient été d'opinion contraire.

421. Perſonne ne doute que le mariage a la force de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu auparavant enſemble, quoique l'une d'elles, depuis ce commerce, en ait contracté un avec une autre perſonne, après la diſſolution duquel elles ſe ſont mariées enſemble. Il y a néanmoins une raiſon de douter, qui eſt, qu'en ce cas on ne peut pas, pour la fiction de la légitimation, rétrograder leur mariage au temps du commerce qu'elles ont eu enſemble, y ayant un mariage contracté par l'une des parties avec une autre perſonne dans le temps intermédiaire, depuis ce commerce qui fait obſtacle à cette rétrogradation. La réponſe eſt, que la fiction de cette rétrogradation n'eſt pas abſolument néceſſaire pour la légitimation : il ſuffit qu'on puiſſe favorablement ſuppoſer, que lors du commerce que les parties ont eu en-

ſemble, elles ont eu ce commerce en vue du mariage qu'elles ſe propoſoient alors de contracter ; que l'une des parties a depuis changé de deſſein en ſe mariant à une autre perſonne ; mais qu'après la diſſolution de ce mariage, elles ont enfin exécuté leur premier deſſein. Le mariage intervenu avec une autre perſonne pendant le temps intermédiaire, n'empêche point qu'on ne puiſſe ſuppoſer tout cela ; & tout cela étant ſuppoſé, le commerce d'où les enfants ſont nés, étant ſuppoſé intervenu en vue du mariage que les parties ſe propoſoient alors de contracter enſemble, & qu'elles ont effectivement contracté par la ſuite, on peut conſidérer ce commerce comme ayant été en quelque façon une eſpece d'anticipation du mariage qu'elles ont contracté par la ſuite, & les enfants comme étant par anticipation enfants de ce mariage, & légitimés par ce mariage.

§. IV.

Comment ſe fait la Légitimation ; & quels en ſont les effets.

422. La légitimation des enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu avant leur mariage, ſe fait par la

ſeule force & efficace du mariage que leurs pere & mere contractent : *Tanta eſt vis matrimonii, ut qui anteà ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Il n'eſt donc pas néceſſaire que le conſentement du pere & de la mere intervienne pour cette légitimation ; il n'eſt pas en leur pouvoir de priver leurs enfants du droit que la loi leur donne, par l'effet qu'elle donne au mariage de leurs pere & mere de les légitimer.

Il eſt encore moins néceſſaire que, lors de la célébration du mariage, on ait fait paroître ces enfants ſous le poêle ; cette cérémonie eſt une reconnoiſſance ſolemnelle que les parties contractantes font de ces enfants, mais qui n'eſt pas néceſſaire, lorſqu'elles les ont reconnus pour leurs enfants, de quelque autre maniere que ce ſoit, ſoit avant, ſoit depuis leur mariage ; & en un mot, lorſque ces enfants peuvent, de quelque maniere que ce ſoit, juſtifier leur état.

423. Il y a un peu plus de difficulté de ſçavoir ſi les enfants ſont légitimés malgré eux, ou ſi, au contraire, un enfant peut empêcher l'effet qu'a le mariage de légitimer les enfants nés auparavant, en proteſtant par écrit qu'il ne veut pas l'être. Il ne peut y avoir lieu à cette

queſtion, dans nos Provinces de pays coutumier. S'il eſt mineur, il ne peut pas renoncer à ſes droits, ni par conſéquent à des droits auſſi avantageux que ceux que lui procure la légitimation : s'il eſt majeur, ne trouvant qu'à gagner à la légitimation, qui ne peut lui porter aucun préjudice, il ne peut jamais arriver qu'un enfant refuſe d'être légitimé. La queſtion ne peut avoir lieu que dans les pays de Droit écrit, où les droits de la puiſſance paternelle étant très-conſidérables, même ſur les enfants majeurs, un enfant naturel pourroit avoir quelque intérêt à refuſer la légitimation, pour n'y être pas ſoumis. Fachin, *lib. 3, controv. cap.* 54, propoſe la queſtion ; & il ſe range à l'avis de ceux qui ſoutiennent que les enfants nés avant le mariage, ne peuvent être malgré eux légitimés par le mariage de leur pere avec leur mere. Ces Docteurs ſe fondent principalement ſur la Novelle 91, *cap.* 11, où Juſtinien dit effectivement, qu'un pere ne peut légitimer ſes enfants malgré eux, par quelque maniere de légitimation que ce ſoit, *ſive..... ſive per inſtrumentorum (dotalium) celebrationem ;* ce qui déſigne la légitimation qui ſe fait, en contractant un mariage légitime avec leur mere. Ces Docteurs ajoutent, que la légitima-

tion étant un droit établi en faveur des enfants, ils peuvent y renoncer, ſuivant la regle, *Unicuique licet juri in favorem ſuum introducto renuntiare.* Ceux de l'opinion contraire répondent que la queſtion ne doit pas ſe décider par la diſpoſition de la Novelle, ci-deſſus alléguée. Nous avons tiré nos principes ſur la légitimation, plutôt du Droit canonique, que des Loix Romaines, que nous avons déja obſervé ci-deſſus, *n.* 410, avoir peu d'application à notre Droit. Or, il paroît que, ſuivant les principes du Droit canonique, la légitimation des enfants nés avant le mariage, s'opere de plein droit par la ſeule efficace du mariage que leurs pere & mere contractent; & quoique cette légitimation ſoit établie principalement en faveur des enfants, elle ne l'eſt pas ſeulement en leur faveur; elle l'eſt auſſi en faveur des pere & mere: il ne doit donc pas être au pouvoir des enfants de renoncer à la légitimation, & de priver leurs pere & mere, des droits que la légitimation accorde ſur eux à leurs pere & mere, de même qu'il n'eſt pas au pouvoir des pere & mere de priver leurs enfants des droits que la légitimation leur donne.

§. V.

Quels ſont les effets de cette Légitimation.

424. La légitimation des enfants nés avant le mariage, que le mariage de leurs pere & mere opere, a bien plus d'effet que celle qu'un bâtard obtient par Lettres du Prince : celle-ci n'accorde à l'enfant légitimé que le droit de porter le nom de ſon pere, & de porter ſes armes, avec une briſure ; elle ne les rend pas habiles à ſuccéder, ni à leur pere, ni à leur mere, ni à aucun parent de la famille de leur pere ou de leur mere.

Au contraire, la légitimation qui s'opere par le mariage, rend les enfants nés avant le mariage, auſſi parfaitement légitimes, que s'ils étoient nés durant le mariage : elle leur donne tous les mêmes droits, & ne met aucune différence entr'eux & les enfants nés durant le mariage ; juſques-là même qu'elle donne le droit d'aîneſſe aux enfants nés avant le mariage, ſur ceux nés durant le mariage.

425. Mais ſi, dans le temps intermédiaire du commerce charnel d'où ces enfants ſont nés, & du mariage de leurs pere & mere qui les a légitimés, l'une des

parties, *putà*, le pere avoit contracté un premier mariage avec une autre femme, après la mort de laquelle il a épouſé en ſecondes noces la mere deſdits enfants, leſdits enfants n'auront pas le droit d'aîneſſe ſur les enfants du premier mariage; « car, quoiqu'ils ſoient venus au monde » avant eux, ils ne ſont néanmoins nés » à la famille de leur pere qu'après eux, » par le ſecond mariage que leur pere » a contracté avec leur mere : ce ſecond » mariage, qui les a légitimés, les fait ré- » puter enfants de ce ſecond mariage, » or, il ſeroit abſurde que des enfants » du ſecond mariage fuſſent les aînés de » ceux du premier.

ARTICLE III.

De certains Mariages, qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils.

La Déclaration du Roi Louis XIII, de 1639, prive des effets civils certains mariages, quoiqu'ils aient été valablement contractés.

PREMIERE ESPECE.

416. La Déclaration du Roi Louis XIII, de 1639, prive des effets civils les mariages qu'on a affecté de tenir ſecrets

juſqu'à la mort de l'un des deux conjoints.

Il y eſt dit, *art.* 5 : « Déclarons les » enfants qui naîtront de ces mariages, » que les parties ont tenus juſqu'ici, » ou tiendront à l'avenir cachés pen- » dant leur vie, qui reſſentent plutôt la » honte d'un concubinage, que la di- » gnité d'un mariage, incapables de » toutes ſucceſſions, auſſi-bien que leur » poſtérité. »

Lorſque ces mariages ont été faits en face d'Egliſe par le Curé des parties, en préſence de quatre témoins ſignandaires, & qu'ils n'ont d'autre vice que cette clandeſtinité, ces mariages ſont valablement contractés ; ils ſubſiſtent quant au lien naturel : mais la Déclaration du Roi Louis XIII, que nous venons de rapporter, les prive des effets civils, en déclarant les enfants qui en naiſſent, *incapables de toute ſucceſſion.*

On a levé la queſtion, ſi ces enfants étoient par cet article incapables, non-ſeulement des ſucceſſions de leurs pere & mere, mais même de celles de leurs parents collatéraux : il a été jugé par Arrêt du 24 Juillet 1704, qu'ils en étoient incapables. La queſtion ne ſouffroit pas de difficulté. 1°. Ces mots, *TOUTES SUCCESSIONS*, comprennent les collatérales comme les

directes : 2°. ſi la loi déclare ces enfants *incapables de ſucceſſions*, ce n'eſt que parce qu'elle refuſe au mariage dont ils ſont nés, les effets civils, & que par conſéquent elle refuſe à ces enfants les droits de parenté civile : or, n'ayant pas les droits de parenté civile, ils ne peuvent être capables d'aucune ſucceſſion, n'y ayant que la parenté civile qui y donne droit.

Leur poſtérité en eſt auſſi déclarée incapable ; car ces enfants ne peuvent tranſmettre à leur poſtérité les droits de parenté civile qu'ils n'ont pas.

427. C'eſt à ceux qui attaquent ces mariages, à prouver la clandeſtinité. Pluſieurs circonſtances peuvent l'établir ; 1°. lorſque la femme n'a pas pris le nom de ſon mari, pendant tout le temps que le mariage a duré ; 2°. lorſque, dans les actes qu'elle a paſſés depuis ſon mariage, elle a pris la qualité de fille ou de veuve d'un précédent mari ; 3°. lorſqu'une ſervante qui a épouſé ſon maître, ou un domeſtique qui a épouſé ſa maîtreſſe, ont toujours continué de paroître dans la maiſon dans leur état de domeſtiques.

La preuve de clandeſtinité qui réſulte de ces circonſtances, ou d'autres circonſtances ſemblables, n'eſt pas détruite par les certificats qu'on rapporte de la publi-

cation des bans ; car il n'arrive que trop ſouvent, qu'un Prêtre les publie d'une maniere à ne ſe pas faire entendre.

428. Si le mariage tenu ſecret pendant toute la vie de l'un des conjoints, lequel, comme s'exprime l'Edit, *reſſent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage*, eſt puni de la peine de la privation des effets civils, même dans les enfants nés de ce mariage, quoiqu'ils ſoient innocents de la faute que leurs pere & mere ont commiſe, en tenant ſecret leur mariage ; à plus forte raiſon doit-il être privé des effets civils, par rapport à la veuve qui a participé à cette clandeſtinité. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 26 Mai 1705, rapporté par Augear, par lequel Marie Sonvelle, ouvriere du Palais, veuve du ſieur Sonnet, Tréſorier des Suiſſes, dont le mariage avoit été tenu ſecret pendant tout le temps qu'il avoit duré, fut déclarée privée des effets civils de ſon mariage, & en conſéquence déchue de ſon douaire, & autres conventions matrimoniales. Les héritiers du mari furent ſeulement condamnés à lui reſtituer la ſomme que ſon défunt mari avoit reconnu par ſon contrat de mariage, avoir reçu d'elle en dot. La veuve avoit à cet égard, contre les héritiers du mari, l'action qu'on appelle en Droit, *condictio ſine cauſâ.*

IIe. ESPECE.

429. La Déclaration de 1639 prive des effets civils une autre eſpece de mariage. Elle porte, *art.* 6 : « Voulons que » la même peine (de la privation des ſuc- » ceſſions) ait lieu contre les enfants qui » ſont nés de femmes que les peres ont » entretenues, & qu'ils épouſent lorſ- » qu'ils ſont à l'extrémité de la vie. »

Quoique ce mariage ait été célébré à l'Egliſe, où cet homme s'eſt fait porter, après publication ou diſpenſe de bans, & qu'ils ſoit en conſéquence valablement contracté ; la loi ne veut pas qu'il ait les effets civils.

L'Edit du mois de Mars 1697, a confirmé ſur ce point la Déclaration de 1639, & il l'a étendue aux mariages des femmes qui épouſent *in extremis* un homme avec qui elles ont eu un mauvais commerce. Il eſt dit à l'article dernier : « Voulons que l'article 6 de l'Ordon- » nance de 1639, au ſujet des mariages » que l'on contracte à l'extrémité de la » vie, ait lieu tant à l'égard des femmes » qu'à celui des hommes ; & que les en- » fants qui ſont nés de leurs débauches » avant leſdits mariages, ou qui pour- » ront naître après leſdits mariages con-

» tractés en cet état, ſoient, auſſi-bien
» que leur poſtérité, incapables de tou-
» tes ſucceſſions. »

430. Il faut que ceux qui attaquent ces mariages, prouvent deux choſes; 1°. le mauvais commerce qui a précédé le mariage; 2°. que la perſonne étoit *in extremis*, lorſque le mariage a été contracté.

Le mariage eſt cenſé contracté *in extremis*, lorſque la perſonne étoit au lit, malade d'une maladie qui avoit un trait prochain à la mort, quoiqu'elle ne ſoit morte que quelques mois après.

Un homme qui avoit eu mauvais commerce avec une femme, ayant été bleſſé d'un coup de pied, & l'ayant épouſée ſix jours après, dans un temps où la bleſſure paroiſſoit ſi dangereuſe, qu'il reçut l'Extrême-Onction le jour de ſon mariage; la Cour, par Arrêt du 28 Février 1667, jugea que ce mariage avoit été contracté *in extremis*, quoiqu'il eût ſurvécu cinquante-quatre jours depuis; & réduiſit à des aliments les enfants qu'il avoit eu de cette femme. L'Arrêt eſt rapporté au troiſieme tome du Journal des Audiences. Il y a deux autres Arrêts rapportés au même tome, l'un du 22 Décembre 1672, l'autre du 3 Juillet 1674, par leſquels des mariages furent réputés faits *in extremis*, quoique dans l'eſpece

du premier, l'homme eût ſurvécu ſoixante-cinq jours, & dans l'eſpece du ſecond, quarante-deux jours.

Il en ſeroit autrement, ſi la maladie dont la perſonne étoit déja attaquée, lorſque le mariage a été contracté, n'avoit pas encore un trait prochain à la mort, mais pouvoit durer pluſieurs années, quoiqu'elle fût mortelle & jugée incurable, & que ce ſoit celle dont la perſonne eſt morte.

Par exemple, ſi lorſque le mariage a été contracté, la perſonne étoit attaquée d'hydropiſie ou de pulmonie; ſi ces maladies n'étoient pas alors dans leurs dernieres périodes, pouvant durer pluſieurs années, le mariage ne ſera pas cenſé contracté *in extremis*, quoique la perſonne ſoit morte de ces maladies.

431. Le mariage n'eſt pas cenſé avoir été contracté *in extremis*, quoique la perſonne ſoit morte de mort ſubite le jour même du mariage, ſi elle n'étoit pas malade lorſqu'elle l'a contracté.

Quoique l'état de groſſeſſe ſoit un état dangereux, néanmoins lorſqu'il n'y a pas d'accidents, la groſſeſſe étant un état naturel, & n'étant pas une maladie, le mariage qu'une femme contracte dans cet état, n'y ayant pas encore d'accident extraordinaire, n'eſt pas cenſé contracté

[illegible]

[illegible] Son mariage est donc en ce cas le mariage d'une personne qui doit être censée n'avoir jamais perdu l'état civil, & par conséquent rien n'empêche qu'il ne soit un mariage civil, qui ait les effets civils.

C'est pourquoi ces termes de l'Edit ci-dessus rapportés : « Si avant leurs décès ils n'ont été remis dans leur premier état, suivant les loix prescrites par nos Ordonnances, » me paroissent ne pouvoir s'appliquer qu'au cas auquel le condamné n'est mort qu'après les cinq ans, auquel cas il meurt sans avoir été remis dans son premier etat, s'il n'y a été remis en se représentant, ou étant constitué prisonnier ; car lorsqu'il meurt dans les cinq ans, il est censé ne l'avoir jamais perdu.

Ce que nous venons de dire sur le mariage d'un condamné à mort dans les cinq ans, est exactement conforme aux maximes établies par M. Lenain, Avocat-

Général, dans ſon Plaidoyer, rapporté au ſixieme tome du Journal, *liv.* 9, *chap.* 11.

435. Obſervez que ſi la femme, lors de ſon mariage, a ignoré que l'homme qu'elle épouſoit, avoit perdu l'état civil, ſa bonne foi donne à ce mariage les effets civils, comme nous le verrons en l'article ſuivant.

436. Il nous reſte à faire une obſervation générale à l'égard des enfants qui naiſſent de ces eſpeces de mariages, qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils. Ces enfants n'ont pas, à la vérité, les droits que les effets civils du mariage donnent aux enfants, tels que les droits de famille, de ſucceſſion, de douaire, de légitime, *&c.* mais le mariage dont ils ſont nés, étant un véritable mariage, ils ne ſont pas bâtards, & ils ſont en conſéquence capables d'être promus aux Ordres ſacrés, & aux Bénéfices.

ARTICLE IV.

Du cas auquel un Mariage, quoique nul, a des effets civils que lui donne la bonne foi des Parties qui l'ont contracté.

437. Le cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils, est lorsque les parties qui l'ont contracté étoient dans la bonne foi, & avoient une juste cause d'ignorance d'un empêchement dirimant qui le rendoit nul.

On peut apporter pour exemple, le cas auquel la femme d'un soldat qu'on avoit vu, le jour d'un combat, couché parmi les morts sur le champ de bataille, & qu'on avoit en conséquence cru mort, quoiqu'il ne le fût pas, se seroit mariée à un autre homme sur la foi d'un certificat de mort de son mari en bonne forme, qu'elle auroit eu du Major du Régiment. Si, long-temps après, & depuis qu'elle a eu des enfants de ce second mariage, son premier mari, qu'on croyoit mort, vient à reparoître, il n'est pas douteux que le second mariage que cette femme a contracté, est nul; qu'elle doit quitter son second mari & retourner avec le premier; son premier mariage qui a toujours subsisté, ayant été un empêche-

ment dirimant du ſecond ; mais quoique ce ſecond mariage ſoit nul, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, lui donne, par rapport aux enfants qui en ſont nés, les effets civils que produiſent les mariages, en donnant aux enfants les droits de famille, & tous les autres droits qu'ont les enfants nés d'un légitime mariage. En conſéquence les enfants nés de ce ſecond mariage, viendront aux ſucceſſions de leurs pere & mere, & même concourront à celle de leur mere avec les enfants qu'elle a eu de ſon premier mariage.

Comment, direz-vous, ce mariage qui eſt nul, peut-il donner ces droits aux enfants qui en ſont nés ; car *quod nullum eſt, nullum producit effectum* ? La réponſe eſt, que ſi ce mariage, en tant qu'il eſt conſidéré comme nul, ne peut pas les leur donner, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, les leur donne, en ſuppléant à cet égard au vice du mariage.

438. La bonne foi des parties qui ont contracté un mariage nul, donne-t-elle pareillement à ce mariage les effets civils, à l'effet de confirmer entr'elles leurs conventions matrimoniales, & de donner à la femme un douaire ? Il y a même raiſon.

On oppoſera que les conventions matrimoniales dépendent de la condition,

ſi nuptiæ ſequantur, laquelle n'a pas été accomplie, puiſqu'on ne peut pas dire qu'elles ont été ſuivies d'un mariage entre les parties, celui qui a ſuivi n'étant pas un véritable mariage, puiſqu'il eſt nul. La réponſe eſt, que la bonne foi des parties qui l'ont contracté, ſupplée à la nullité de ce mariage, & fait regarder la condition comme accomplie, de même qu'elle fait regarder comme légitimes les enfants qui en ſont nés.

439. Lorſqu'il n'y a que l'une des parties qui a ignoré de bonne foi l'empêchement dirimant qui rendoit nul le mariage qu'elle a contracté avec l'autre partie, ſa bonne foi ſuffit-elle pour donner à ce mariage, quoique nul, les effets civils par rapport aux enfants qui en ſont nés, & pour leur donner les droits d'enfants légitimes, même vis-à vis l'autre partie, qui étoit de mauvaiſe foi? Le Droit canonique a décidé pour l'affirmative, & a porté juſques-là la faveur de la bonne foi. C'eſt la déciſion du Chapitre *ex tenore* 14, *ext. qui filii ſint legitimi.*

Ce Chapitre eſt dans l'eſpece d'un homme qui, du vivant de ſa femme, avoit épouſé une autre femme, laquelle ignoroit qu'il fût marié. Innocent III décide que la bonne foi de la mere faiſoit réputer légitimes les enfants qu'elle avoit eu

de ce mariage nul, même à l'effet de recueillir la ſucceſſion de leur pere, qui avoit contracté de mauvaiſe foi.

On peut auſſi apporter pour exemple le cas d'un Prêtre, qui, ayant réſidé très-long-temps en habit laïque dans une ville éloignée de ſon pays, où il n'étoit point connu pour eccléſiaſtique, y auroit épouſé une femme qui le croyoit de bonne foi laïqué. La bonne foi de cette femme, & la juſte ignorance en laquelle elle a été de l'empêchement dirimant qui rendoit nul le mariage qu'elle a contracté avec cet homme, ſuffit pour donner aux enfants qui en ſont nés, les droits d'enfants légitimes, non-ſeulement vis-à-vis de leur mere, qui étoit dans la bonne foi, mais même vis-à-vis de leur pere qui n'y étoit pas. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 4 Février 1689, rapporté au cinquieme tome du Journal, dans l'eſpece d'un mariage contracté par un Chevalier de Malthe, qui avoit caché ſa qualité de Profès : l'enfant né de ce mariage, quoique nul, fut, en conſéquence de la bonne foi de la mere, déclaré avoir les droits d'enfant légitime, & de porter le nom & les armes de ſon pere.

A l'égard de la femme qui a été trompée, il n'eſt pas douteux qu'elle peut pourſuivre l'exécution de ſes conventions

matrimoniales contre l'homme qui l'a trompée, & contre ſes héritiers ; & qu'ils ne ſont pas recevables à oppoſer, pour s'en défendre, la nullité du mariage ; puiſque cette nullité procede du fait de cet homme, & qu'il a trompé la femme, en lui taiſant l'empêchement qui la cauſoit. C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 22 Janvier 1693, rapporté au cinquieme tome du Journal des Audiences, en faveur d'une femme qu'un nommé Foubert, Récollet Profes, dont on ignoroit l'état, avoit épouſée : l'Arrêt adjugea à cette femme la moitié de la communauté, qui étoit opulente, & toutes ſes conventions matrimoniales.

440. Si la bonne foi de l'une des parties, donne les effets civils à un mariage nul ; à plus forte raiſon peut-elle les donner à un mariage véritable, lorſque l'une des parties a ignoré de bonne foi le vice qui le privoit des effets civils. Comme lorſqu'une femme a épouſé de bonne foi un homme qui avoit perdu l'état civil par une condamnation à peine capitale, dont la connoiſſance n'avoit pu parvenir à cette femme, le Jugement ayant été rendu dans un pays éloigné, & avant qu'elle eût connu cet homme ; la bonne foi de cette feume donne en ce cas à ce mariage les effets civils, à l'effet que les

enfants qui en ſont nés, aient les droits d'enfants légitimes, & puiſſent ſuccéder à leur mere & à leurs parents maternels.

Mais ces enfants ne peuvent ni ſuccéder aux biens de leur pere, qui ſont acquis au fiſc, ni avoir les droits de famille dans la famille de leur pere, puiſque leur pere les ayant perdus avant qu'ils fuſſent au monde, n'a pu les leur communiquer.

441. La bonne foi des parties ou de l'une d'elles, peut bien donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu depuis le prétendu mariage, dont elles ignoroient le vice; car ce commerce étoit, par rapport à leur bonne foi, un commerce innocent, au moins de la part de celle des parties qui étoit en bonne foi; mais la bonne foi que les parties ont eu en contractant ce prétendu mariage, ne peut donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu enſemble auparavant; car ce commerce eſt un commerce criminel de la part des deux parties, dont le vice ne peut être purgé que par un véritable mariage.

Ceci s'éclaircira par un exemple. Une femme a eu un enfant du commerce qu'elle a eu avec un Prêtre dont elle ignoroit la condition. Depuis elle a épouſé ce Prêtre, dont elle continuoit d'ignorer la

condition, & elle en a eu d'autres enfants. Ceux nés depuis le prétendu mariage, ſeront légitimes ; car ils ſont nés d'un commerce qui étoit innocent de la part de leur mere, qui croyoit de bonne foi avoir contracté un mariage légitime avec cet homme ; mais l'enfant né du commerce que cette femme a eu avant le mariage, n'eſt pas légitime, car il eſt né d'un commerce criminel de la part des deux parties ; la femme ſçavoit bien qu'elle commettoit une fornication. Il eſt vrai que le vice d'une fornication peut ſe purger par un mariage que l'homme & la femme qui l'ont commiſe, contractent depuis enſemble ; mais dans l'eſpece préſente, n'ayant pu intervenir de mariage légitime entre les parties, le Prêtre étant incapable d'en contracter, le vice du commerce dont l'enfant eſt né, n'a pu être purgé.

Cette queſtion a été jugée par l'Arrêt rendu dans l'affaire du fameux Jean Maillard, du 15 Mars 1674, qui eſt rapporté au troiſieme tome du Journal des Audiences. Le Sieur Thibault de la Boiſſiere avoit eu des enfants de Marie Delatour, femme dudit Maillard, qu'on croyoit mort. Depuis il avoit épouſé ladite Delatour ſur la foi d'un certificat de mort, donné par un Capitaine. Jean Maillard s'étant

s'étant par la ſuite repréſenté après quarante années d'abſence, & le mariage du Sieur Thibault de la Boiſſiere avec la femme dudit Maillard, ayant en conſéquence été déclaré nul, les enfants qu'il avoit eus d'elle auparavant, furent par l'Arrêt déclarés illégitimes ; un mariage nul, quoique contracté de bonne foi, n'ayant pas pu les légitimer.

SIXIEME PARTIE.

Des Caſſations de Mariages ; de leurs Diſſolutions ; & de la Séparation d'habitation.

CHAPITRE PREMIER.

Des Caſſations de Mariage.

442. AUCUNE puiſſance ne peut caſſer un mariage, lorſqu'il a été valablement contracté ; car le lien du mariage étant formé par Dieu même, aucune puiſſance humaine ne peut le diſſoudre : *Quod Deus conjunxit, homo non ſeparet.*

Mais, lorſqu'il y a conteſtation ſur la validité d'un mariage, il appartient au Juge de décider s'il a été valablement contracté, ou non ; & le jugement, par lequel le Juge déclare qu'il n'a pas été valablement contracté, & qu'il eſt nul, eſt ce que nous appellons ici caſſation de mariage.

Nous verrons ſur cette matiere, 1°, par qui peuvent être intentées les de-

mandes en caſſation de mariage : 2°. par quelles voies, & devant quels Juges : 3°. quel eſt l'office du Juge ſur ces demandes.

ARTICLE PREMIER.

Par qui les demandes en Caſſation de Mariage peuvent-elles être intentées.

Les demandes en caſſation de mariage peuvent être intentées, 1°. par l'une des parties qui l'ont contracté : 2°. par leurs pere & mere : 3°. par leurs autres parents : 4°. quelquefois par la partie publique.

§. I.

Des Parties qui ont contracté le Mariage.

443. Chacune des parties qui ont contracté mariage, peut intenter contre l'autre la demande en caſſation de mariage, lorſqu'elle prétend qu'il y a un empêchement dirimant qui le rend nul.

Cette demande peut être intentée même par celle des parties qui a trompé l'autre, en lui cachant un empêchement qui le rend nul : par exemple, ſi un homme engagé dans les Ordres ſacrés, ou dans l'état de Religion par des

vœux ſolemnels, s'eſt marié à une femme, à qui il a caché ſon état, qui n'étoit pas connu dans le lieu où il faiſoit depuis long temps ſa réſidence, ce Prêtre ou ce Moine eſt reçu à intenter contre la femme qu'il a trompée, la demande en caſſation de leur mariage.

On oppoſera les maximes : *Nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem ; nemo ex proprio dolo conſequi poteſt actionem*, & autres ſemblables. La réponſe eſt, que ces maximes n'ont d'autres objets qu'un intérêt particulier du demandeur ; mais la demande qu'une partie forme en caſſation de mariage, quoique ce ſoit par ſon dol qu'il ait été contracté, a, outre l'intérêt du demandeur, un objet d'honnêteté publique, qui ſeroit bleſſée, ſi on laiſſoit ſubſiſter un mariage que l'honnêteté publique & les loix ne permettent pas de laiſſer ſubſiſter ; & cette raiſon d'honnêteté publique doit faire admettre la demande.

444. Il faut néanmoins à cet égard diſtinguer les vices *abſolus* d'un mariage, & ceux ſeulement qui ſont *reſpectifs*. Nous appellons ici *vices abſolus* ceux qui réſultent de quelque empêchement dirimant qui ſe rencontre, ou dans les deux parties, tels que ſont ceux de parenté, ou d'affinité, *&c.* ou dans l'une des par-

ties, tels que ceux qui réſultent de la Profeſſion religieuſe, ou des Ordres ſacrés, dans leſquels l'une des parties eſt engagée, ou qui réſultent d'un défaut dans la forme de la célébration, *putà*, de ce que le mariage n'a pas été célébré en face d'Egliſe, ou de ce qu'il l'a été par un Prêtre étranger, ſans permiſſion de l'Evêque, ou du Curé.

Nous appellons *vices reſpectifs*, ceux qui ne ſont vices d'un mariage, que parce qu'on a violé le droit de quelqu'une des parties intéreſſées, tels que ſont ceux qui réſultent du défaut du conſentement des pere & mere au mariage de leurs enfants mineurs; celui qui réſulte de la violence faite à l'une des parties contractantes, pour extorquer d'elle ſon conſentement.

Chacune des parties peut donner la demande en caſſation de ſon mariage pour raiſon de quelqu'un des vices abſolus; mais la demande en caſſation de mariage ne peut être intentée pour raiſon des vices reſpectifs, que par la partie qui prétendroit qu'on auroit violé ſes droits : par exemple, il n'y a que les pere & mere qui puiſſent attaquer le mariage, pour le défaut de leur conſentement; lorſqu'elles ne s'en plaignent pas, & qu'elles n'attaquent pas le mariage, elles ſont cenſées y conſentir, &

ni l'une, ni l'autre des parties qui ont contracté le mariage ſans ce conſentement des pere & mere, n'eſt recevable à en demander la caſſation, pour le défaut de ce conſentement.

Pareillement, lorſque le conſentement de l'une des parties à ſon mariage, a été extorqué par violence, ou par ſéduction, il n'y a que cette perſonne qui ſoit reçue à intenter l'action en caſſation de mariage, l'autre partie n'y eſt pas recevable.

445 Le vice d'impuiſſance de l'une des parties qui ont contracté mariage, doit-il être regardé comme vice abſolu, ou ſeulement reſpectif? Quoique le vice d'impuiſſance ſoit un empêchement dirimant de mariage pris dans la nature même du mariage, comme nous l'avons vu *ſuprà*, néanmoins, comme ce vice ne fait tort qu'à la partie avec qui l'impuiſſant a contracté mariage, qui ne peut ſe faire rendre par l'impuiſſant le devoir conjugal; que ce vice, qui eſt ſecret, ne peut bleſſer l'honnêteté publique; il ne doit être regardé que comme un vice reſpectif; en conſéquence, il n'y a que la partie, avec qui l'impuiſſant a contracté mariage, qui ſoit recevable à intenter la demande en caſſation de mariage pour raiſon de l'empêchement d'impuiſſance;

& l'impuiſſant n'eſt pas reçu à attaquer ſon mariage pour cauſe de ce prétendu vice, lorſque la partie, avec qui il a contracté mariage, ne s'en plaint pas.

Obſervez auſſi qu'une partie n'eſt plus recevable à attaquer ſon mariage pour cauſe d'impuiſſance de l'autre partie, après une cohabitation pendant un grand nombre d'années, ſur-tout lorſqu'il y a eu des enfants baptiſés, comme nés de ce mariage, comme l'obſerva M. l'Avocat-Général Portail, dans la cauſe d'un nommé Jourdain, dont le plaidoyer eſt rapporté au 5e tome du Journal des Audiences.

§. II.

Des Peres & Meres, & Tuteurs.

446. Les pere & mere d'un mineur qui s'eſt marié ſans leur conſentement, ſont parties capables pour pourſuivre la nullité de ſon mariage ; l'atteinte que ce mariage donne à la puiſſance paternelle, les rend intéreſſés à ſa caſſation, & recevables par conſéquent à la pourſuivre.

Si le pere avoit depuis donné des marques d'approbation au mariage contracté ſans ſon conſentement, il ſeroit non-recevable. Suivant ce principe, par

Arrêt du mois de Décembre 1672, un pere fut déclaré non-recevable à attaquer le mariage de ſon fils, contracté ſans ſon conſentement, parce qu'il avoit été parrain d'un enfant né de ce mariage. Cet Arrêt eſt rapporté au 3e tome du Journal des Audiences, *tom.* 3, *l.* 6, *ch.* 31.

Par la même raiſon, ces marques d'approbation que le pere a donnée au mariage, font tomber l'exhérédation du fils, que le pere auroit faite en punition de ce mariage; mais la ſimple bénédiction que le pere a donnée à ce fils, au lit de la mort, n'eſt pas ſuffiſante pour révoquer l'exhérédation; le pere en ce cas, *cenſetur remiſiſſe odium, & non ſatisfactionem injuriæ*, comme l'obſerva M. Talon, *Arrêt du 27 Avril 1760, au Journal des Audiences.*

Lorſqu'un fils de famille s'eſt marié en minorité, ſans le conſentement de ſon pere; ſi depuis, étant devenu majeur, il a déclaré vouloir perſévérer dans ce mariage, ne paroiſſant pas d'ailleurs que c'eſt par une ſuite de la ſéduction commencée en minorité, le pere ceſſe d'être recevable dans l'appel comme d'abus du mariage; il ne lui reſte plus que le foudre de l'exhérédation, dont il peut uſer contre ſon fils. C'eſt ce qui a été jugé ſur les concluſions de M. Talon, par un

Arrêt du 6 Mars 1636, rapporté par Bardet.

§. III.

Des Tuteurs.

447. Lorſqu'un mineur, qui n'avoit ni pere ni mere, a contracté mariage ſans le conſentement de ſon tuteur, le tuteur eſt auſſi reçu à l'attaquer, comme préſumé entaché du vice de ſéduction : l'Auteur des Conférences de Paris rapporte un Arrêt du 12 Avril 1704, contre un nommé Berger.

Voyez néanmoins la diſtinction que nous avons obſervée *ſuprà*, *n.* 336, entre le défaut du conſentement des tuteurs, & le défaut de celui des pere & mere.

§. IV.

Des Parents collatéraux.

448. Les parents de l'une ou de l'autre des parties qui ont contracté mariage, ne peuvent, à la vérité, tant que les deux parties vivent, attaquer la validité de leur mariage, n'ayant alors aucun intérêt né qui puiſſe les y rendre recevables ; mais après la mort de l'une des parties, les parents même collatéraux

de cette partie, ſont recevables à attaquer le mariage, incidemment à quelque conteſtation ſur quelque intérêt temporel.

Pa exemple, les parents de la partie décédée peuvent révendiquer ſa ſucceſſion contre les enfants, en ſoutenant qu'ils ne ſont pas habiles à ſuccéder, & en leur formant pour cet effet, la conteſtation ſur la validité du mariage dont ils ſont nés.

Pareillement, lorſqu'il n'y a pas d'enfants, les héritiers collatéraux du mari prédécédé, contre leſquels la veuve demande le paiement de ſon douaire & de ſes conventions matrimoniales, peuvent s'en défendre en formant à la veuve la conteſtation ſur la valididé de ſon mariage. Au reſte, ils ne peuvent attaquer le mariage que pour des vices abſolus, & non pour des vices reſpectifs, tels que la ſéduction, le défaut de conſentement des pere & mere, *&c.* même à l'égard des vices abſolus qui pourroient ſe rencontrer dans le mariage, quoiqu'abſolument parlant, les parents collatéraux de l'une des parties décédée aient le droit de les oppoſer en interjettant appel comme d'abus de ſon mariage, & qu'il y ait pluſieurs exemples où ils y ont été reçus; néanmoins, ils n'y ſont reçus que dif-

ſicilement. C'eſt ce que nous apprenons de M. d'Agueſſeau dans ſon Plaidoyer en la cauſe des enfants de Jerôme Billon, qui eſt le onzieme an ſecond tome de ſes Œuvres : » Si l'on excepte, dit ce grand » Magiſtrat, certains défauts eſſentiels » qui forment des nullités que le temps » ne peut jamais couvrir ; certaines cir- » conſtances où la conſidération du bien » public, toujours plus forte que celle » de l'intérêt particulier, ſemble ſe join- » dre aux collatéraux, pour s'élever con- » tre un mariage odieux, il eſt difficile » qu'ils puiſſent détruire toutes les fins » de non-recevoir qu'on leur oppoſe » (de la part des enfants dont ils conteſ- » tent l'état.) Le ſilence des pere & mere » & des contractants même, l'union de » leur mariage, la poſſeſſion paiſible de » leur état, *&c.* « Suivant ces principes, des collatéraux, par Arrêt du 27 Avril 1638, rapporté par Bardet, furent mis hors de Cour ſur leur appel comme d'abus, d'un mariage auquel ils oppoſoient l'alliance de compérage que les conjoints avoient contractée auparavant. L'Arrêt étoit fondé ſur la bonne foi des conjoints, & ſur la facilité qu'ils auroient eu d'obtenir diſpenſe, s'ils euſſent ſçu que ce fût un empêchement.

Au reſte, lorſque les circonſtances ren-

dent le mariage ſuſceptible d'être attaqué par les parents collatéraux de l'une des parties, on ne peut leur oppoſer comme fin de non-recevoir, qu'ils aient paru donner quelque ſigne d'approbation de ſon mariage. Par exemple, la veuve à qui ils forment conteſtation ſur la validité de ſon mariage, ne peut pas les y prétendre non-recevables, ſur le prétexte que du vivant de leur parent, elle a reçu d'eux des lettres par leſquelles ils la traitoient de leur *COUSINE*. L'approbation donnée à un acte, ne rend non-recevable à l'attaquer, que lorſqu'elle eſt donnée dans un temps où le droit de l'attaquer étoit ouvert; on eſt cenſé en ce cas renoncer à ſon droit: mais en ce cas-ci, les parents collatéraux n'ayant eu aucun droit de critiquer, ni même d'examiner le mariage de leur parent de ſon vivant, les ſignes d'approbation qu'ils paroiſſent y avoir alors donné, ne peuvent opérer contr'eux aucune fin de non-recevoir pour l'attaquer après ſa mort. C'eſt ce que nous apprenons du Plaidoyer de M. Lenain, Avocat-Général, ſur les concluſions duquel fut rendu un Arrêt du 1 Août 1707, qui n'eut aucun égard à ces fins de non-recevoir. L'Arrêt eſt rapporté au ſixieme tome du Journal des Audiences.

§. V.

Des autres Perſonnes qui ont intérêt à faire déclarer le Mariage nul.

449. Toutes les perſonnes qui ont un intérêt né pour faire déclarer nul un mariage, ſont recevables à l'attaquer par la voie de l'appel comme d'abus. Suppoſons, par exemple, qu'un homme, du vivant d'une premiere femme, en a épouſé une ſeconde, & que s'étant laſſé d'elle, il eſt retourné avec la premiere : la ſeconde femme a un grand intérêt de faire déclarer nul le mariage fait avec la premiere ; puiſque ſans cela, le ſien qui a été fait du vivant de la premiere, ne peut pas être valable : elle doit donc être reçue à l'attaquer par la voie de l'appel comme d'abus, pourvu que ce ſoit pour des nullités abſolues ; & elle ne ſeroit pas recevable à propoſer des nullités reſpectives.

Il en eſt de même des enfants de la ſeconde femme.

§. VI.

Du Curé des Parties.

450. Le Curé des parties ne peut pas attaquer le mariage de ſes paroiſſiens, qui

a été célébré sans sa permission par un Prêtre étranger, sous prétexte qu'on a donné atteinte à ses droits. C'est ce qui a été jugé par un Arrêt du 29 Décembre 1693, rapporté au cinquieme tome des Mémoires du Clergé, qui déclara le Curé de Rethel non-recevable en l'appel comme d'abus, qu'il avoit interjetté du mariage de ses paroissiens célébré à Paris sans sa permission, & renvoya les parties contractantes pardevant le Diocésain pour recevoir pénitence, & procéder à la célébration de leur mariage, si faire se doit. La raison est que les Curés n'ont de jurisdiction que dans le for pénitentiel, ils n'ont aucune jurisdiction extérieure ; en mariant leurs paroissiens, ils n'exercent aucun droit de jurisdiction sur eux. Ils ne peuvent donc pas prétendre qu'on donne atteinte à leurs droits en [illegible], c'est au Ministere public à se plaindre de cette infraction à la Loi, comme nous le verrons au paragraphe suivant.

Par la même raison, un Curé n'est pas recevable à former opposition à un mariage, que des personnes qu'il prétend être ses paroissiens, se proposent de célébrer dans une autre Paroisse où ils font publier leurs bans ; n'ayant aucun titre ni qualité pour s'opposer à la célébration d'un mariage.

§. VII.

De la Partie publique.

451. Les Officiers qui ſont chargés du Miniſtere public, tels que ſont les Procureurs du Roi dans les Siéges Royaux, & les Procureurs-Fiſcaux dans les Juſtices de Seigneurs, ne doivent pas faire de recherches de quelque nullité ignorée du public, qui pourroit ſe rencontrer dans quelque mariage, pour attaquer un mariage dont perſonne ne ſe plaint.

Mais lorſque le vice d'un mariage eſt public, & qu'il cauſe un ſcandale public, l'Officier chargé du Miniſtere public, étant chargé du maintien de la police & du bon ordre, & par conſéquent d'arrêter les ſcandales qui le troublent, doit en ce cas pourſuivre les parties devant le Juge ſéculier, pour les contraindre à ſe ſéparer. Il doit même quelquefois les pourſuivre extraordinairement par la voie de la plainte, pour la réparation du ſcandale qu'elles ont cauſé. On peut apporter pour exemple d'un mariage ſcandaleux, celui qu'un homme marié auroit, du vivant de ſa femme, & dans le lieu où elle demeure, & où elle eſt connue, contracté avec une autre femme.

Le maintien du bon ordre étant confié à la puiſſance ſéculiere, c'eſt dans les Tribunaux ſéculiers que ceux qui ont contracté un mariage nul & ſcandaleux, doivent être pourſuivis à la Requête des Procureurs du Roi ou Fiſcaux, pour être contraints à ſe ſéparer. Il y auroit abus, s'ils étoient pour cet effet pourſuivis à l'Officialité par le Promoteur. Nos Rois ont, à la vérité, attribué aux Juges d'Egliſe la connoiſſance des cauſes de mariage. Cela les rend compétents pour celles qui ſont portées devant eux par l'une des parties, dans leſquelles il s'agit uniquement de juger ſi le mariage a été valablement contracté ou non : mais lorſqu'il eſt queſtion de réprimer le ſcandale que cauſent des perſonnes qui ont contracté un mariage ouvertement contraire à l'honnêteté publique, & aux Loix, & qui oſent vivre en conſéquence publiquement comme mari & femme, les Juges d'Egliſe ne peuvent être compétents ; car ce n'eſt qu'à la puiſſance ſéculiere qu'appartient le maintien du bon ordre, & le pouvoir de réprimer tout ce qui peut le bleſſer. C'eſt ſur ces principes qu'eſt fondé l'Arrêt du 16 Février 1673, rendu ſur les concluſions de M. Talon. Dans l'eſpece de cet Arrêt qui eſt rapporté au Journal des Audiences, *tom.* 3, *liv.* 7,

le Promoteur en l'Officialité de la Rochelle, avoit aſſigné devant l'Official un nommé Engaigné & ſa femme, pour voir déclarer nul leur mariage qui avoit été célébré par un Prêtre étranger dans une Chapelle domeſtique : l'Official avoit déclaré nul le mariage : ſur l'appel comme d'abus, interjetté tant de la Sentence que de toute la procédure, la Cour dit qu'il avoit été abuſivement procédé ; & faiſant droit ſur les concluſions du Procureu-Général, enjoint aux parties de ſe retirer devant l'Evêque, pour, après leur avoir impoſé une pénitence, être procédé de nouveau à la célébration de leur mariage, & cependant défenſe de ſe fréquenter.

Depuis, le Roi par ſa Déclaration du 15 Juin 1697, a attribué aux Promoteurs des Officialités, le droit, dans un certain cas particulier, d'aſſigner les parties qui ont contracté un mariage nul, pour la réhabilitation de leur mariage, lorſque le Procureur du Roi n'agit pas. Voici les termes de cette Déclaration : » Enjoignons à nos Cours de Parlement, » & autres nos Juges.... lorſqu'ils juge- » ront des cauſes ou procès dans leſquels » il s'agira de mariages célébrés parde- » vant des Prêtres, autres que les propres » Curés des contractants, ſans en avoir

» obtenu les diſpenſes néceſſaires ; &
» même ſur les pourſuites que nos Pro-
» cureurs en pourront faire d'office dans
» la premiere année de la célébration deſ-
» dits prétendus mariages, d'obliger ceux
» qui prétendent avoir contracté des ma-
» riages de cette maniere, de ſe retirer
» pardevant leur Archevêque ou Evê-
» que, pour les réhabiliter ſelon les for-
» mes preſcrites par les ſaints Canons &
» par nos Ordonnances, après avoir ac-
» compli la pénitence ſalutaire qui leur
» ſera par eux impoſée, telle qu'ils l'eſti-
» meront à propos. Permettons auſſi aux
» Promoteurs deſdits Archevêques ou
» Evêques, lorſque nos Procureurs, ou
» des parties intéreſſées ne feront au-
» cunes pourſuites pardevant nos Juges,
» de faire aſſigner devant leſdits Arche-
» vêques ou Evêques, dans le terme ci-
» deſſus, & après en avoir obtenu d'eux
» une permiſſion expreſſe, les perſonnes
» qui demeurent & vivent enſemble &
» qui n'ont point été mariées par les Cu-
» rés des paroiſſes dans leſquelles elles
» demeurent, & qui n'ont point obtenu
» diſpenſe pour être mariées par d'autres
» Prêtres, aux fins de repréſenter aux-
» dits Prélats dans un temps convenable
» les actes de célébration de leurs maria-
» ges. Voulons qu'en cas que les Arche-

» vêques & Evêques, trouvent que leſ-
» dits mariages n'aient pas été célébrés
» par les propres Curés des contractants,
» & qu'il n'y ait d'ailleurs aucun autre
» empêchement, ils puiſſent leur enjoin-
» dre de les réhabiliter, ſelon les formes
» preſcrites par les ſaints Canons & par
» nos Ordonnances, après avoir accom-
» pli la pénitence, *&c.* « Enſuite, il eſt enjoint aux Juges, ſur l'avis qui leur aura été donné pas les Evêques, de contraindre par des condamnations d'amendes, les parties à ſe ſéparer, faute par elles d'obéir aux Ordonnances des Evêques.

Obſervez qu'aux termes de cette Déclaration, pour que le Promoteur puiſſe aſſigner les parties pour la repréſentation de l'acte de célébration de leur mariage, il faut que pluſieurs choſes concourent : 1°. Il faut qu'il s'agiſſe d'un mariage célébré par un Prêtre étranger, ſans la permiſſion de l'Evêque ou du Curé : 2°. Il faut que les parties contractantes ne ſoient pas déja traduites devant le Juge royal, ſoit à la requête du Procureur du Roi, pour repréſenter leur acte de célébration, ſoit à la requête de quelque partie intéreſſée, *putà* des pere & mere qui y auroient formé une accuſation en crime de rapt contre l'une des parties ; c'eſt ce qui réſulte de ces termes,

lorſque nos Procureurs, ou des parties intéreſſées ne feront aucunes pourſuites pardevant nos Juges ; 3°. il faut que ce ſoit dans l'année de la célébration du prétendu mariage, que le Promoteur donne cette aſſignation ; c'eſt ce qui réſulte de ces termes, *permettons auſſi aux Promoteurs, . . . dans le terme ci-deſſus.* La raiſon eſt qu'après l'année de la célébration, la mémoire de l'irrégularité de la célébration du mariage eſt cenſée s'être effacée dans le public ; & par conſéquent, cette irrégularité n'eſt plus un vice public qui offenſe le public ; d'où il ſuit que le Procureur du Roi, qui ne peut inquiéter les parties qui ont contracté un mariage, dont perſonne ne ſe plaint, que pour des vices de leur mariage qui ſeroient publics, & qui offenſent le public, ne peut plus, après l'année, aſſigner les parties pour cette irrégularité ; & par la même raiſon, le Promoteur qui ne fait que ſuppléer le Procureur du Roi, ne le peut plus après ce temps : 4°. Enfin, il faut, pour que le Promoteur puiſſe aſſigner les parties, qu'il en ait la permiſſion de l'Evêque, qui ſe met au bas de la requête qu'il lui préſente pour cet effet.

Si les parties qui ont fait célébrer leur mariage par un Prêtre étranger, peuvent être pourſuivies pour rapporter l'acte

de célébration de leur mariage ; à plus forte raiſon, le Procureur du Roi, ſurtout lorſque l'Evêque lui en a donné avis, doit pourſuivre celles, qui, ſans aucune célébration en face d'Egliſe, ſe font paſſer publiquement pour mari & femme : le Juge Royal doit en ce cas, ſur la demande du Procureur du Roi, enjoindre aux parties ſous la commination de punition exemplaire, de ſe ſéparer juſqu'à la célébration de leur mariage en face d'Egliſe, & les renvoyer à cet effet devant l'Evêque, pour leur impoſer pénitence.

ARTICLE II.

Par quelles voies, & devant quels Juges la Caſſation d'un Mariage peut-elle être demandée.

Nous diſtinguerons à cet égard trois Cas.

Premier Cas.

452. Lorſque c'eſt l'une de parties qui ont contracté le mariage, qui veut en pourſuivre contre l'autre la caſſation, elle a pour cet effet deux voies, l'une ordinaire, l'autre extraordinaire.

La voie ordinaire eſt l'aſſignation que

la partie qui demande la caſſation de ſon mariage, doit donner à l'autre devant l'Official, pour en voir prononcer la nullité.

Quoique le mariage ſoit principalement un contrat civil, qu'il appartienne, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, & qu'en conſéquence il ſoit ſoumis à la puiſſance ſéculiere ; néanmoins comme, en tant qu'il eſt élevé à la dignité du Sacrement, il renferme auſſi quelque choſe de ſpirituel ; nos Rois ont bien voulu permettre & attribuer aux Juges d'Egliſe la connoiſſance des cauſes qui concernent les mariages, à la charge, par eux de ſe conformer aux Ordonnances.

L'Edit du mois de Décembre 1606 eſt formel : il y eſt dit, *art.* 12. » Nous » voulons que les cauſes concernant les » mariages, ſoient & appartiennent à la » connoiſſance & juriſdiction des Juges » d'Egliſe, à la charge qu'ils ſeront te- » nus de garder les Ordonnances, « *&c.* Ce qui eſt confirmé par l'Edit de 1695, *art.* 34, qui porte : » La connoiſſance des » cauſes qui concernent les Sacrements » appartiendra aux Juges d'Egliſe : En- » joignons à nos Officiers, même à nos » Cours de Parlement de leur en laiſſer, » & même de leur en renvoyer la con-

» noiſſance, ſans prendre aucune ju-
» riſdiction ni connoiſſance des affaires
» de cette nature, ſi ce n'eſt qu'il y eût
» appel comme d'abus interjetté de quel-
» que Jugement, Ordonnance ou pro-
» cédure faite par le Juge d'Egliſe, ou
» qu'il s'agiſſe d'une ſucceſſion, ou au-
» tres effets civils, à l'occaſion deſ-
» quels on traiteroit de l'état des per-
» ſonnes décédées, ou de celui de leurs
» enfants. «

Le Juge d'Egliſe n'eſt compétent que pour ſtatuer ſur la validité ou invalidité du mariage; ſi une de parties prétend contre l'autre des dommages & intérêts, le Juge d'Egliſe ne peut, ſans abus, en connoître; il doit en ce cas, après avoir ſtatué ſur la validité ou invalidité du mariage, renvoyer pour les dommages & intérêts les parties devant le Juge ſéculier.

Pareillement, lorſque la queſtion n'eſt pas de ſçavoir ſi un mariage a été valablement contracté ou non, & qu'elle ne concerne que le fait; comme ſi dans le cas où les regiſtres d'une paroiſſe étant perdus, l'une des parties ſoutient qu'il a été célébré un mariage entre elle & l'autre partie qui en diſconvient, la cauſe n'eſt pas de la compétence de l'Official, qui n'eſt Juge que de la vali-

dité ou invalidité des mariages ; elle eſt de celle du Juge ſeculier ; parce qu'en ce cas il s'agit *non de jure, ſed de quaſi poſſeſſorio matrimonii.* C'eſt ce qu'enſeignoit M. Talon dans un plaidoyer ſur une cauſe jugée par Arrêt du 10 Juin 1636, rapporté par Bardet.

Les Juges d'Egliſe auxquels nos Rois ont attribué la connoiſſance des cauſes des mariages, ſont les Officiaux ; il y auroit abus ſi l'Evêque en prenoit connoiſſance par lui-même ; en général, ſelon nos mœurs, les Evêques ne peuvent exercer par eux-mêmes la juriſdiction contentieuſe dont ils ſont cenſés s'être demis en la perſonne de leurs Officiaux.

453. La voie extraordinaire eſt l'appel comme d'abus que la partie peut interjetter en la Grand'Chambre du Parlement, (à qui la connoiſſance de l'abus eſt attribuée, par les Ordonnances du Royaume) des Jugements, Ordonnances, ou procédures, faites par le Juge d'Egliſe ſur ce ſujet, lorſqu'il s'y trouve quelque choſe de contraire aux Ordonnances ou aux Canons. On peut auſſi interjetter appel comme d'abus de la célébration du mariage, lorſqu'on prétend qu'il a été célébré contre les Loix ou les Canons.

Deuxieme Cas.

454. Lorſque c'eſt un pere, une mere ou un tuteur qui veut attaquer le mariage que ſon mineur a contracté ſans ſon conſentement, ces perſonnes ont pour cela la voie d'appel comme d'abus de la célébration du mariage faite ſans leur conſentement, qui eſt une contravention aux Ordonnances; c'eſt auſſi par cette voie que le Roi peut faire prononcer la nullité d'un mariage qu'un Prince de ſon Sang auroit contracté ſans ſon conſentement.

Troiſieme Cas.

455. Lorſque ce ſont les parents de l'une des Parties qui attaquent après ſa mort ſon mariage, pour exclure les enfants qui en ſont nés, de la ſucceſſion, ou la veuve de ſon douaire & de ſes conventions matrimoniales, il eſt évident que la queſtion ne peut plus être portée devant le Juge d'Egliſe, car il ne peut être compétent que pour juger du lien de mariage, dont il ne peut plus être queſtion après la mort de l'une des parties. N'étant plus queſtion entre

les parties que d'intérêts temporels, il n'y a que le Juge séculier qui puisse être compétent; c'est pourquoi l'affaire en ce cas, doit se porter au Parlement par la voie d'appel comme d'abus; c'est ce qui résulte de ces termes qui sont en fin de *l'Art.* 34 de l'Edit de 1695, *ou qu'il s'agisse d'une succession.*

ARTICLE III.

De l'Office du Juge dans les causes de Cassation de Mariages; & des Jugements qui se rendent sur cette matiere.

456. Le lien du mariage étant un lien sacré que Dieu forme lui-même entre les parties qui contractent un mariage valable, & que les parties ne peuvent rompre par leur consentement mutuel; l'acquiescement que la partie assignée pour voir prononcer la nullité du mariage, donneroit à la demande, ne doit pas dispenser le Juge d'entrer dans un scrupuleux examen des preuves de l'empêchement dirimant qu'on prétend avoir empêché la validité du mariage; & ce n'est qu'après que cet empêchement aura été pleinement justifié par des preuves ou littérales ou testimoniales, qu'il peut

prononcer la nullité du mariage.

457. Il y a certaines eſpeces d'empêchements dont on n'admet ordinairement que la preuve littérale, tels que ſont ceux qui réſultent des Ordres ſacrés, de la Profeſſion religieuſe, de la parenté, de l'affinité, d'un autre mariage qui ſubſiſtoit lorſqu'a été contracté celui dont on demande la nullité : la preuve de ces eſpeces d'empêchements devant ſe faire par le regiſtre des ordinations, par celui des profeſſions, par celui des baptêmes, ſépultures, & mariages ; néanmoins lorſque ces regiſtres ſont perdus, on peut y ſuppléer par la preuve teſtimoniale.

La déclaration de la partie, quand même elle offriroit de la confirmer par ſerment, même avec le concours du bruit public, n'eſt pas une preuve ſuffiſante de l'empêchement dirimant. C'eſt la diſpoſition du *chap. ſuper eo, ext. de eo qui cogn. &c.* où Céleſtin III. décide, qu'on ne doit pas prononcer la nullité d'un mariage, ſur ce que le mari déclare avoir eu avant ſon mariage un commerce charnel avec la ſœur de ſa femme, d'où il a réſulté une affinité charnelle qui a formé un empêchement dirimant de leur mariage, parce que, dit le Pape, on ne doit pas le croire à ſa

déclaration, quand même il offriroit de la confirmer par ſerment, & que le bruit public de ce commerce concourroit; autrement, dit-il, il arriveroit ſouvent que des parties, lorſqu'elles s'ennuyeroient de leur mariage, s'accuſeroient fauſſement de pareils commerces, pour faire caſſer un mariage valablement contracté.

458. Lorſque la nullité du mariage eſt demandée pour cauſe d'impuiſſance de l'une des parties, le Juge, pour en avoir la preuve, ordonne que la partie qu'on dit impuiſſante, ſera viſitée par des Chirurgiens ou par des Matrones.

Autrefois on ordonnoit la preuve par le congrès; mais la Cour par ſon Arrêt de réglement du 18 Février 1677, a défendu cette eſpece de preuve, qui étoit auſſi équivoque, qu'indécente & contraire à la pudeur.

Il ſuffit aujourd'hui qu'il réſulte de la viſite que les parties extérieures ſont bien conformées, pour que la perſonne ne ſoit pas réputée impuiſſante.

Si la partie ſoutenoit que le vice d'impuiſſance ne lui eſt ſurvenu que depuis le mariage, & qu'en conſéquence le mariage eſt valable, ce ſeroit à elle à le prouver, ſuivant la regle de Droit *ei incumbit probatio qui dicit*, l. 2, ff. *de probat.*

Par le droit des décrétales, la déclaration que les deux parties, après une cohabitation de trois ans, font avec ſerment ſur les Sts. Evangiles, qu'elles n'ont pu pendant ce temps avoir commerce enſemble, lorſqu'elle eſt ſoutenue par quelques indices extérieurs de défaut de virilité, peut paſſer pour une preuve ſuffiſante de l'empêchement d'impuiſſance ſur lequel on fonde la nullité du mariage; nous ne ſuivons pas la diſpoſition de cette décrétale.

459. Lorſque ſur la demande de l'une des parties qui ont contracté mariage, l'Official déclaroit nul leur mariage pour cauſe d'un défaut de forme, *putà* du défaut de bénédiction nuptiale ou du défaut de préſence du propre Curé, ou pour quelqu'autre empêchement dont on peut avoir facilement diſpenſe; il avoit coutume autrefois, en prononçant la nullité du mariage, d'ordonner que les parties ſeroient tenues de le réhabiliter & de ſe pourvoir, s'il en étoit beſoin, pour obtenir les diſpenſes néceſſaires.

Ces injonctions que les Officiaux faiſoient aux parties de réhabiliter leur mariage, ont été déclarées abuſives par les Arrêts des Parlements. Gohar en ſon Traité des Bénéfices, *tom. 7, pag. 265,*

édit. de 1765, en cite un du 11 Mars 1710, qui eſt auſſi cité par d'autres Auteurs. Nos Rois, en attribuant aux Juges d'Egliſe la connoiſſance des mariages, ne les ont établi Juges que de la validité ou invalidité des mariages. Leur pouvoir ſe borne donc à juger que le mariage eſt ou n'eſt pas valablement contracté : ils excedent ce pouvoir lorſqu'ils ordonnent autre choſe. Lorſque c'eſt au Parlement que la cauſe ſur le vice d'un mariage célébré par un Prêtre étranger, eſt portée ſur un appel comme d'abus ; le Parlement, en prononçant la nullité du mariage, ordonne que les parties ſe pourvoiront devant l'Evêque pour le réhabiliter, ſuivant la Déclaration du 15 Juin 1697, rapportée *ſuprà, n. 451, p. 89 & 90.*

460. Par un Arrêt de réglement du 20 Mars 1687, rapporté par Augear, il eſt fait défenſe à tous les Officiaux du reſſort de prononcer en matiere de mariage, que leur ſentence ſera exécutée nonobſtant l'appel.

461. Il nous reſte à obſerver une choſe qui eſt particuliere aux jugements qui ſe rendent en cette matiere. Un jugement dans toute autre matiere, lorſqu'il a paſſé en force de choſe jugée, ne peut plus ſe rétracter par des preuves ſurvenues

depuis le jugement, qu'on offriroit de faire de l'erreur dans laquelle le Juge eſt tombé, comme nous l'avons vu en notre Traité des Obligations *part. 4, chap. 3, ſect. 3, n° 38, 2e Edit.* Au contraire, les jugements en cette matiere ont cela de particulier, que ſi un mariage a été déclaré nul pour un empêchement dirimant qui a paru alors au Juge ſuffiſamment juſtifié; ce jugement peut être rétracté par de nouvelles preuves ſurvenues depuis, qui établiſſent que l'empêchement ne ſubſiſtoit pas, & les parties doivent, nonobſtant ce jugement, être condamnées à retourner enſemble, *cap. lator. ext. de ſent. & de judic.*

Conformément à ces principes, un nommé Jourdain ayant laiſſé rendre contre lui un Arrêt par défaut ſur les concluſions des Gens du Roi, qui déclaroit nul ſon mariage, pour cauſe de prétendue impuiſſance, lequel Arrêt lui avoit été ſignifié à ſa perſonne; ſa femme s'étant en conſéquence mariée depuis à un autre homme, ſur l'appel comme d'abus que le premier mari interjetta du mariage de ſa femme avec un autre, comme fait au préjudice d'un premier mariage ſubſiſtant; il fut, nonobſtant l'Arrêt rendu contre lui, qui avoit déclaré nul ſon mariage,

reçu à en juſtifier la légitimité, & il fit en conſéquence déclarer nul celui que ſa femme avoit contracté avec un autre homme, par Arrêt du 30 Décembre 1700, rapporté au 5e tome du Journal des Audiences.

CHAPITRE II.

De la Diſſolution du Mariage.

462. LE mariage ne ſe diſſout que par la mort naturelle de l'un des conjoints : tant qu'ils vivent l'un & l'autre, il eſt indiſſoluble.

Néanmoins le Droit Romain réputoit le mariage diſſous par le divorce, & pareillement par l'eſclavage de l'un des conjoints : nous en traiterons dans un premier article. Nous verrons dans un ſecond article, ſi la Profeſſion religieuſe de l'un des conjoints rompt le mariage : dans un troiſieme, ſi l'adultere le rompt. Enfin, dans un quatrieme, ſi le mariage contracté entre deux infideles, peut être rompu, lorſque l'un des conjoints s'eſt converti à la foi Chrétienne, & que l'autre demeure dans l'infidélité.

ARTICLE PREMIER.

Du Divorce & de l'Eſclavage.

§. I.

Du Divorce.

463. Par le Droit Romain, le mariage ne pouvoit pas, à la vérité, ſe diſſoudre par le ſeul conſentement des parties; mais ſous les Empereurs Chrétiens même, il étoit, dans le for extérieur, cenſé diſſous par un divorce célébré dans la forme légale. C'eſt ce que nous diſent les Empereurs Théodoſe & Valentinien : *Conſenſu licita matrimonia poſſe contrahi, contracta nonniſi miſſo repudio diſſolvi præcipimus : ſolutionem etenim matrimonii difficiliorem debere eſſe favor imperat liberorum.* L. 8. cod. de repud.

Juſtinien dans ſes Pandectes adopte pour Loi un texte de Paul, qui met le divorce au nombre des manieres dont ſe diſſout le mariage; *dirimitur matrimonium* DIVORTIO, *morte, captivitate, vel aliâ contingente ſervitute utrius eorum.* L. 1. ff. *de Divort.*

Quoique le divorce ſoit condamné par

l'Evangile, les Empereurs Chrétiens, par des raiſons de politique, ne l'avoient pas aboli, & ils s'étoient bornés à en reſtreindre la liberté : ſur quoi on peut voir la Loi 8, §. 1, 2, 3, 4, 5, *cod. de repud.* & la Novelle 117.

464. Quoique le divorce fût permis alors par les Loix ſéculieres, & qu'en conſéquence, après un divorce célébré dans la forme légale, chacune des parties pût, dans le for extérieur, paſſer du vivant de l'autre à un autre mariage ; néanmoins l'Egliſe regardoit le divorce comme défendu par l'Evangile, & comme incapable de rompre le lien du mariage ; en conſéquence elle regardoit comme un adultere, plutôt que comme un mariage, celui que l'une des parties contractoit après le divorce du vivant de l'autre, avec une autre perſonne ; & quoiqu'il fût réputé valable dans le for extérieur, elle retranchoit de ſa Communion les parties qui l'avoient contracté, juſqu'à ce qu'elles ſe ſéparaſſent, & elle les ſoumettoit à la pénitence, à laquelle étoient aſſujettis par les canons les adulteres. Elle regardoit même la partie qui avoit fait le divorce, comme coupable devant Dieu de l'adultere que commettoit l'autre partie en ſe remariant, parce qu'elle y avoit donné occaſion en la répudiant : *Dimittis*

uxorem, dit S. Ambroiſe ſur S. Luc; *lib.* 8, *n.* 5, *quaſi jure ſine crimine, & putas id tibi licere, quia lex humana non prohibet; ſe divina prohibet: qui hominibus obſequeris, Deum verere; audi legem Domini cui obſequuntur, etiam qui leges ferunt: quæ Deus conjunxit, homo non ſeparet:* au nomb. 6, il ajoute: *ſi* (repudiata) *nubat, neceſſitatis illius tuum crimen eſt, & conjugium quod putas, adulterium eſt.*

Le Pape Innocent Premier, dans ſa Lettre décrétale à Exupere, Evêque de Toulouſe, *cap.* 6, dit: *de his etiam requiſivit dilectio tua, qui interveniente repudio, alii ſe matrimonio copulantur, quos in utrâque parte adulteros eſſe manifeſtum eſt, qui viro vel uxore vivente, quamvis diſſociatum* (par un divorce légal) *videatur eſſe conjugium, ad aliam copulam feſtinarunt, neque poſſunt adulteri non videri; in tantum ut hæ perſonæ quibus tales conjuncti ſunt, etiam ipſæ adulterium commiſiſſe videantur, ſecundùm illud quod legimus in Evangelio, qui dimiſerit uxorem ſuam, & duxerit aliam, mœchatur; qui dimiſſam duxerit uxorem, mœchatur, ideo omnes à communione fidelium abſtinendos.* C'eſt la troiſieme des Lettres de ce Pape au ſecond tome des Conciles du Pere Labbe, *p.* 1254.

Remarquez que quoique ces mariages fuſſent alors permis par la Loi civile & dans le for extérieur, le Pape veut que ceux qui les contractent, ſoient retranchés de la communion des fideles.

465. Dans les Etats proteſtants, le divorce eſt encore permis pour de certaines cauſes, & en obſervant certaines formalités. Voyez le Code Fréderic *p.* 1, *l.* 2, *t.* 3, §. 3, *ch.* 35.

466. Le divorce n'eſt pas admis dans notre Droit, pour quelque cauſe que ce ſoit; nous n'admettons que la ſéparation d'habitation, dont nous traiterons au chapitre troiſieme.

§. II.

De l'Eſclavage.

467. Suivant le Droit Romain, le mariage étoit rompu, lorſque l'un des conjoints devenoit eſclave. *Dirimitur matrimonium captivitate vel aliâ contingente ſervitute utrius eorum.* L. 1, ff. de Divort.

Quoique la captivité de celui qui étoit tombé en la puiſſance des ennemis, fût alors un veritable eſclavage, qui, en lui faiſant perdre tout ſon état civil, rompoit ſon mariage; néanmoins la faveur du droit, qu'on appelloit *Jus poſtliminii;*

Loi qui rétabliſſoit le captif, lors de ſon retour, dans tous ſes droits auſſi parfaitement que s'il ne les eût jamais perdus, empêchoit ſa femme de pouvoir ſe remarier, tant qu'on le ſavoit vivant, & qu'il y avoit lieu, par conſéquent, d'eſpérer ſon retour. Dans le cas auquel il étoit incertain s'il étoit en vie, la femme, pour pouvoir ſe remarier, devoit attendre qu'il ſe fût écoulé cinq ans depuis la captivité.

C'eſt ce que nous apprenons de la Loi 6, ff. de *Divort.* où il eſt dit : *Uxores eorum qui in hoſtium poteſtatem pervenerunt, poſſunt videri nuptarum locum retinere, eo ſolo quod alii temerè nubere non poſſunt : & generaliter definiendum eſt donec certum eſt maritum vivere in captivitate conſtitutum, nullam habere licentiam uxores migrare ad aliud matrimonium.... Si autem in incerto eſt an vivus apud hoſtes teneatur, vel morte præventus ; tunc, ſi quinquennium à tempore captivitatis exceſſerit., licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias.*

La même choſe s'obſervoit à l'égard du mari, lorſque c'étoit la femme qui étoit tombée en la puiſſance des ennemis. *Eodem jure & in marito in civitate degente & uxore captivâ obſervando.* d. l. 6.

Tout autre eſclavage de l'un des con-

oints donnoit à l'autre, incontinent, la faculté de passer à un autre mariage.

Tout ceci n'avoit lieu que dans le for extérieur. Devant Dieu, le lien du mariage ne peut se dissoudre que par la mort naturelle de l'un des conjoints.

L'esclavage étant aboli en France, tout ce qui a été dit dans ce paragraphe, ne peut recevoir dans notre Droit aucune application.

ARTICLE II.

De la Profession Religieuse.

Nous établirons dans un premier paragraphe le principe de l'insuffisance de la Profession religieuse pour rompre le lien du mariage : dans un second, nous exposerons l'exception que le droit des décrétales & le Concile de Trente ont faite à ce principe, à l'égard des mariages qui, quoique parfaits, n'ont pas encore été consommés par le commerce charnel.

§. I.

De l'insuffisance de la Profession Religieuse pour rompre le lien du Mariage.

468. L'Empereur Justinien, par sa Novelle 21, *cap.* 5, avoit permis le divorce à

celui de deux conjoints par mariage, qui vouloit embraſſer la Profeſſion religieuſe. Il ne penſoit pas que ce fût en ce cas permettre à l'homme de ſéparer ce que Dieu avoit uni. Il croyoit que ce n'étoit pas l'homme, mais Dieu lui-même qui, en inſpirant à cette partie le deſſein d'embraſſer un état plus parfait, & de ſe conſacrer à lui entiérement par la Profeſſion religieuſe, rompoit le lien du mariage qu'il avoit formé.

Le Pape S. Grégoire s'eſt élevé avec force contre cette Loi. Il ne craint pas de dire qu'elle eſt contraire à la Parole de Dieu, & qu'elle ne peut, en conſéquence, être ſuivie dans le for de la conſcience. Voici comme il s'en explique dans ſa lettre à Theotiſta, qui eſt la 39e du livre IXe. *Si dicunt*, dit-il, *religionis cauſâ conjugia debere diſſolvi, ſciendum eſt, quia etſi hoc lex humana conceſſit*, (il entend parler de la Novelle de Juſtinien ci-deſſus citée,) *lex divina prohibuit; per ſe enim veritas dicit: Quos Deus conjunxit, homo non ſeparet; quæ etiam ait: non licet dimittere uxorem, excepta cauſâ fornicationis. Quis huic cæleſti legiſlatori contradicat? Scimus quia ſcriptum: erunt duo in carne unâ; ſi ergo vir & uxor una caro ſunt, & religionis cauſâ vir dimittit uxorem, vel mulier vi-*

rum in hoc mundo remanentem, vel etiam fortaſsè ad illicita vota migrantem, quæ eſt iſta migratio vel converſio, in quâ una eademque caro & ex parte tranſit ad continentiam, & ex parte remanet in pollutione?

Il enſeigne la même choſe dans la 44e de ſes lettres du même livre, par laquelle, ſur la plainte qu'une femme lui avoit faite que ſon mari l'avoit quittée pour ſe faire Moine; ce Pape ordonne qu'après information faite, on le rende à ſa femme, *etiamſi jam tonſuratus eſt, quia etſi mundana lex præcipit converſionis gratiâ utrolibet invito poſſe ſolvi conjugia, divina hoc tamen lex fieri non permittit . . . quia, poſtquàm copulatione conjugii viri atque mulieris unum corpus efficitur, non poteſt ex parte converti & ex parte in ſæculo remanere.*

Les deux parties peuvent bien, d'un commun conſentement, le lien du mariage ſubſiſtant, ſe ſéparer pour embraſſer l'état de continence; mais il ne ſuffit pas que l'une des parties ait, pour l'embraſſer, la permiſſion de l'autre partie; il faut que celle-ci l'embraſſe pareillement; *quia*, dit ce Pape, *poſtquàm copulatione . . . . unum corpus efficitur, non poteſt ex parte converti & ex parte in ſæculo remanere.*

469. S. Auguſtin avoit pareillement

enſeigné, avant S. Grégoire, que l'un des deux conjoints par mariage ne pouvoit garder un vœu de continence qu'il avoit fait, ſi l'autre conjoint n'étoit réſolu d'en faire autant. C'eſt ce que nous trouvons dans ſa lettre à Armentarius, qui eſt la 227e. *Una ſola cauſa eſſet*, lui dit-il, *quâ te quod voviſti non ſolùm non hortaremur, ſed prohiberemus implere; ſi tua conjux hoc tecum ſuſcipere animi ſeu carnis infirmitate recuſaret . . . vovenda talia non ſunt à conjugibus, niſi ex conſenſu & voluntate communi.*

Enſuite il ajoute: *ſed cùm jam paratam eſſe audiam Deo dicare continentiam, ut eo ſolo impediatur, ſi tibi debitum reddere jure conjugali compellatur, ambo Deo reddite quod Deo voviſtis.*

Ce pere enſeigne la même choſe dans ſa lettre à Ectiditia, qui eſt la 199e & ailleurs.

470. Nous trouvons la même doctrine dans les lettres du Pape Nicolas I, qui étoit aſſis ſur le Saint Siege vers le milieu de 9e ſiecle. Ce Pape dans ſa lettre à la Reine Theutberge, femme du Roi Lothaire, qui eſt la 48e de ſes lettres au *tome* 8 des Conciles du P. Labbe, *p.* 427, lui écrit qu'elle ne peut pas quitter ſon mari pour embraſſer l'état de continence,

ſi ſon mari ne conſent ſérieuſement de l'embraſſer pareillement. *Si amore pudicitiæ ſolutionem matrimonii quæris, hanc tibi nullo pacto noveris tribuendam, niſi vir tuus eamdem pudicitiam non fictè ſectatus extiterit; denique ut cum B. Gregorio dicatur: ſi continentiam quam vir uxoris non ſequitur, aut quam uxor appetit, vir recuſat, dividi conjugium non licet.*

Il dit la même choſe dans ſa lettre au Roi Lothaire, qui eſt la 51e. Si votre femme Teutberge, lui dit-il, *amore pudicitiæ, ſeparationem quærit, . . . certum eſt quoniam mulier poteſtatem corporis ſui non habet . . . . verùm ſi & ipſa pudicitiam ſectatus religionis obtentu copulam diſſolvere vis, tantùm ne ſimulatè fiat, concedimus: nam licet ſcriptum ſit, quod Deus conjunxit, homo non ſeparet, Deus tamen & non homo ſeparat quando divini amoris intuitu ex conſenſu utriuſque conjugis matrimonia diſſolvuntur; ſi ergo hoc modo vis, nos grato permittimus animo, celeremque præbemus aſſenſum; aliter autem fieri mutuam veſtram ſeparationem prohibemus.*

471. Il paroît auſſi que cette ſéparation des perſonnes mariées, pour embraſſer la continence, devoit ſe faire avec l'autorité & le conſeil de l'Evêque. C'eſt ce que nous

trouvons dans les Canons des Prêtres de Northumberland, qui ſont du dixieme ſiecle, & qui ſont rapportés au 9e tome des Conciles, *p. 726, & ſeq.* il eſt dit au canon 34 : *unuſquiſque juſtè teneat matrimonium ſuum dùm uxor vixerit, niſi fortè acciderit quod conſilio Epiſcopi ſeparentur, ut diviſim poſteà vivant in caſtitate.*

472. Il eſt tellement néceſſaire pour que la ſéparation ſoit valable, que l'un & l'autre des conjoints faſſe vœu & profeſſion de continence, que, ſi l'un des conjoints, *putà* l'homme, a fait profeſſion religieuſe, quoiqu'avec le conſentement de ſa femme; ſi ſa femme n'en a pas fait autant, ſa profeſſion eſt nulle, & il doit retourner avec elle. C'eſt ce que décide le Pape Alexandre III. *Utrum laïcus uxoratus qui præſentibus Sacerdotibus & Monachis .. de licentiâ & permiſſione uxoris monaſterium ingreſſus profeſſionem fecit, uxore in ſæculo remanente . . . poſſit ad thorum revocari uxoris . . . dicimus quod niſi uxor ad religionem tranſeat, aut perpetuò caſtitatem ſervare promiſerit, vir poteſt & debet de monaſterio revocari.* Cap. 1°, *ext.* de Converſ. conjug.

Il ne ſuffiroit pas même pour que l'un des conjoints fût admis à la Profeſſion religieuſe, que l'autre, en reſtant dans

le monde, promît & fît vœu de garder la continence; il faut que l'un & l'autre entrent en couvent, & faſſent Profeſſion religieuſe, à moins que la femme de l'homme qui veut ſe faire Religieux, ne fût d'un âge avancé, & d'une vie édifiante qui ne permît pas d'appréhender qu'elle manquât à ſon vœu de continence; auquel cas l'homme peut être admis à la profeſſion, & la femme reſter dans le monde, pourvu qu'elle faſſe vœu publiquement d'y garder la continence. C'eſt ce qui eſt porté par les chapitres 4 & 8 au même titre, qui ſont du même Pape.

Cela doit être ſur-tout permis, lorſque la femme a des enfants à élever, comme dans l'eſpece du chap. 8.

473. Il en eſt de même à cet égard, de la promotion aux ordres ſacrés, comme de la profeſſion religieuſe : on ne doit pas ordonner un homme marié, ſi ſa femme ne fait pareillement vœu de continence. C'eſt ce que décide Alexandre III : *Nullus conjugatorum eſt ad ſacros ordines promovendus, niſi ab uxore continentiam profitente fuerit abſolutus.* cap. 5, ext. d. tit.

Cela doit ſur-tout avoir lieu à l'égard de la promotion à l'Epiſcopat. Alexandre III défend d'ordonner Evêque un

homme marié, si sa femme n'a fait auparavant la profession religieuse : *prohibemus ne uxoratum præsumatis in Episcopum ordinare, nisi uxor* PRIUS *professa continentiam sacrum sibi velamen imponat, & religiosam vestem assumat.* cap. 6, ext. d. tit.

474. Il y a un cas auquel un homme marié pourroit n'avoir pas besoin en tout du consentement de sa femme pour être promu aux ordres sacrés, ni pour la profession religieuse. C'est celui auquel il l'auroit fait déclarer convaincue d'adultere, & condamner, en conséquence, à la réclusion, par un jugement qui auroit force de chose jugée ; car la femme ayant perdu en ce cas le droit de demander le devoir conjugal, & de demeurer avec son mari, son consentement cesse d'être nécessaire.

C'est l'avis de Ducasse dans son Traité de la Juridiction ecclésiastique, pour lequel on peut tirer argument du chap. 15, *ext. d. tit.* Dans l'espece de cette Décrétale, une femme, ayant eu querelle avec son mari, l'avoit quitté, & avoit épousé un autre homme ; le mari depuis s'étoit fait ordonner Prêtre, & s'étoit fait ensuite Moine de Cîteaux ; le Pape Innocent III décide que cette femme

doit quitter ſon ſecond prétendu mari, avec qui elle vivoit en adultere, & qu'elle ne doit pas être reçue à redemander le premier.

Si la femme n'avoit été condamnée que par un jugement par défaut, le mari ne pourroit pas, du vivant de cette femme, être admis aux ordres ſacrés, ni à la profeſſion religieuſe, même après les cinq ans, parce qu'elle peut toujours purger la contumace.

§. II.

Exception que le Droit des Décrétales & le Concile de Trente ont apportée au principe ſur l'inſuffiſance de la Profeſſion Religieuſe pour rompre le lien de Mariage.

475. Le Droit des Décrétales a apporté une exception au principe ſur l'inſuffiſance de la profeſſion religieuſe pour rompre le lien du mariage, par une diſtinction qu'il a faite entre le mariage, qui, quoiqu'il ait reçu ſa perfection par le conſentement des deux parties, n'a pas encore été conſommé par le commerce charnel, & qu'il appelle *matrimonium ratum non conſummatum*, & celui qui a été conſommé par le commerce charnel,

matrimonium consummatum. Ce n'eſt qu'à cette derniere eſpece de mariage que le Droit des Décrétales donne le caractere de cette parfaite indiſſolubilité, qui ne peut être rompue, même par la profeſſion religieuſe. A l'égard du mariage qui eſt *ratum & non consummatum*, il permet à l'une des parties de le rompre pour embraſſer la Profeſſion religieuſe, ſans qu'elle ait même beſoin pour cela du conſentement de l'autre partie.

C'eſt ce que décide le Pape Alexandre III, qui occupoit le Saint-Siége vers le déclin du 12e ſiecle, dans ſa Décrétale qui eſt au chap. 2, ext. *de Converſ. conjug. Poſt conſenſum legitimum de præſenti*, dit ce Pape, *licitum eſt alteri, altero etiam repugnante, eligere monaſterium, ſicùt ſancti quidam, de nuptiis vocati fuerunt, dummodò carnalis copula non intervenerit inter eos, & alteri remanenti, ſi commonitus continentiam ſervare voluerit, ad ſecunda vota tranſire.* Il en apporte cette raiſon : *Quia quùm non fuiſſent una caro ſimul effecti, poteſt unus ad Deum tranſire, & alter in ſæculo remanere.*

Le même Pape décide la même choſe au chap. 7 du même titre. Dans l'eſpece de ce chapitre, l'Evêque de Vérone ayant employé l'excommunication pour contraindre

traindre une femme à retourner avec ſon mari. Cette femme, ſur l'appel, ayant allégué qu'elle avoit intention de ſe conſacrer à Dieu par la profeſſion religieuſe, & que ſon mariage n'avoit pas été conſommé par le commerce charnel; le Pape ordonne de l'abſoudre, à la charge que dans les deux mois elle exécuteroit ſon pieux deſſein, en ſe faiſant Religieuſe, ou retourneroit avec ſon mari. Le Pape termine cette Décrétale en répondant à l'objection qu'on pourroit tirer de ce que l'Evangile enſeigne ſur l'indiſſolubilité du mariage: *Sanè*, dit-il, *quod Dominus in evangelio dixit, non licere viro niſi ob cauſam fornicationis uxorem dimittere, intelligendum eſt ſecundùm interpretationem ſacri eloquii de his quorum matrimonium carnali copulâ eſt conſummatum, ſine quâ conſummari non poteſt.*

Le Pape Innocent III, qui occupoit le Saint-Siege dans le 13e ſiecle, décide la même choſe dans ſa Décrétale qui eſt au chap. 14 du même titre: après s'être fait l'objection de l'indiſſolubilité du mariage, il dit: *Nos tamen à prædeceſſorum veſtigiis nolentes declinare, qui reſpondere conſulti, antequàm matrimonium ſit per carnalem copulam conſummatum, licere alteri conjugum, altero inconſulto,*

ad religionem transire, ità quod reliquus extunc legitimè poterit alicui copulari : hoc ipsum tibi consulimus observandum, &c.

Il résulte de ces termes *nos à prædecessorum vestigiis*, qu'Alexandre III n'est pas le seul des prédécesseurs de ce Pape, qui ait décidé la question de cette manière, & que d'autres l'avoient décidée de même.

426. Il paroît que ces Papes avoient puisé cette distinction du *matrimonium ratum & non consummatum*, & du *matrimonium consummatum*, dans le décret de Gratien. Cet Auteur en la cause 27, quest. 2, après avoir établi par plusieurs textes que l'un des conjoints par mariage, ne pouvoit pas quitter l'autre sans son consentement pour embrasser l'état de continence, dit qu'il en est autrement, lorsque le mariage n'a pas encore été consommé par le commerce charnel, & que l'un des époux peut, en ce cas quitter l'autre sans son consentement, pour embrasser l'état de continence. C'est ce qu'il tâche d'établir par les exemples de saint Macaire & de saint Alexis, qu'il dit s'être retirés le jour de leur mariage, à l'insçu de leur épouse, pour aller se confiner dans la solitude.

Il paroît qu'Alexandre III en sa Décrétale, *cap.* 2. ext. *de Convers. conjug.* ci-

deſſus rapportée, fait alluſion à ces hiſtoires par ces termes de ſa Décrétale: *ſicut ſancti quidam de nuptiis vocati fuerunt.*

Ces hiſtoires, qui étoient crues au temps de Gratien, & ſur leſquelles cet Auteur fondoit l'opinion en laquelle il étoit, qu'avant la conſommation du mariage l'un des époux pouvoit, ſans le conſentement de l'autre, ſe retirer pour embraſſer la continence, ont été depuis reconnues pour apochryphes; & le ſçavant M. Baillet dans les vies de ces ſaints, ne les a pas adoptées.

477. Gratien prétend encore établir ſa diſtinction du mariage non-conſommé, & du mariage conſommé, par le canon 27, où il eſt dit: *Deſponſatam puellam non licet parentibus alii viro tradere, licet tamen illi monaſterium eligere.* Et par le canon 28, où il eſt dit: *Decreta legalia deſponſatam, ſi converti voluerit, nullo omninò cenſuerunt damno mulctari.*

Gratien qui avoit trouvé ce canon 27. dans d'autres collections, ſans ſçavoir d'où il étoit tiré, l'a attribué, ſans aucun fondement, au Pape Euſebe. Il eſt pris du Pénitentiel de Théodore de Cantorberi dans le 7e ſiecle. A l'égard du canon 28, il ſe trouve effectivement dans une des Lettres de ſaint Grégoire, à qui il l'attribue. Pour que ces deux canons

puſſent prouver quelque choſe pour la diſtinction du mariage non-conſommé & du mariage conſommé, il faudroit qu'il fût certain que dans les Auteurs, d'où ces deux canons ſont tirés, le terme *deſponſatam* fût pris dans le même ſens dans lequel Gratien l'entend; c'eſt-à-dire pour une *mariée*, dont le mariage n'a pas encore été conſommé; mais il n'eſt rien moins que certain que ce terme y ſoit pris dans ce ſens, pouvant y être pris pour une ſimple *fiancée* qui n'a encore contracté que des fiançailles; ce dernier étant même le ſens le plus commun & le plus obvie du terme *deſponſata.*

478. On peut faire la même réponſe aux autres paſſages des Peres, qu'on a coutume d'alléguer pour autoriſer la diſtinction du mariage *conſummatum*, & de celui qu'on appelle *ratum non conſummatum*, qu'on prétend pouvoir ſe diſſoudre par la Profeſſion religieuſe de l'une des parties, ſans le conſentement de l'autre.

On a coutume de citer ſaint Auguſtin au livre huit de ſes Confeſſions, chap. 6, où il raconte l'hiſtoire de deux amis, qui ayant été touchés de la lecture de la vie de ſaint Antoine; conçurent le deſſein d'embraſſer la vie religieuſe, & l'exécuterent auſſi-tôt; *ambo*

habebant SPONSAS, ajoute saint Augustin, *quæ posteaquàm hoc audierint, dicaverunt etiam ipsæ virginitatem tibi.*

Pour que ce texte prouvât quelque chose, il faudroit établir que saint Augustin a entendu par le terme *sponsas*, des épouses dont le mariage, quoique déja parfait, n'avoit pas encore été consommé; mais c'est ce qu'on ne peut établir; & il est plus naturel d'entendre ce terme *sponsas* dans sa signification la plus ordinaire, pour de simples *fiancées*; auquel cas il ne résulte rien autre chose de ce texte, sinon que l'une des parties peut, en embrassant la Profession religieuse, dissoudre, sans le consentement de l'autre partie, l'engagement qui résulte de simples fiançailles; & c'est une chose dont tout le monde convient.

479. Il en est de même de la Lettre de saint Grégoire le Grand à Fortunat & Antheme, qui est la vingtieme du sixieme livre de ses lettres, dans l'édition des Bénédictins, où il est dit: *Castellus præsentium lator nobis innotuit, sororem suam quæ Stephano cuidam fuerat* DESPONSATA, *divinæ propitiationis instinctu, Neapoli in monasterio fuisse conversam, atque eumdem Stephanum domum & res ejus aliquas indebitè retinere; & quia decreta legalia desponsatam si voluerit con-*

verti, nullo cenſuerunt damno mulctari, fraternitas tua unà cum Anthemio veritatem ſtudeat perſcrutari, & ſi domum vel quid aliud eumdem Stephanum detinere cognoſcatis, eum adhortatio veſtra admoneat, ut quæ indebitè detinet, reſtituat. Pour qu'on pût tirer de ce texte une preuve que ſaint Grégoire penſoit qu'une femme déja mariée, pourvu que ſon mariage ne fût pas encore conſommé, pouvoit le rompre en ſe faiſant Religieuſe, même ſans le conſentement de ſon mari; il faudroit qu'il fût certain que dans ce texte, le terme *deſponſata* dût s'entendre d'une femme mariée, dont le mariage n'a pas encore été conſommé: ce qui n'eſt rien moins que certain, puiſqu'il peut s'entendre auſſi-bien, ſelon même ſa ſignification la plus ordinaire, d'une ſimple fiancée qui n'avoit pas encore contracté mariage avec ſon fiancé; mais qui étoit ſur le point de le contracter, & qui avoit déja d'avance mis ſon fiancé en poſſeſſion d'une maiſon & d'autres choſes qu'elle ſe propoſoit de lui apporter en dot.

On cite un autre paſſage du même ſaint Grégoire, tiré du troiſieme livre de ſes Dialogues, *cap.* 14, où il eſt rapporté qu'une vierge, nommée Grégoria, *conſtitutis jam nuptiis*, avoit fui dans

une Egliſe, & avoit embraſſé la Profeſſion religieuſe. Ce texte ne paroît rien moins que déciſif; car on peut très-commodément l'entendre en ce ſens, que le mariage étoit arrêté, & que les préparatifs étoient déja faits pour le contracter avec les ſolemnités ordinaires, & il n'eſt point du tout néceſſaire de ſuppoſer que le mariage fût déja contracté.

On ſe convaincra encore plus, que le ſens que nous donnons à ces termes de la verſion *conſtitutis jam nuptiis*, eſt le vrai ſens de ſaint Grégoire, ſi on conſulte ſon texte original, où il eſt dit : γάμων ἤδη ὡρισμένων ce terme ὡρισμένων eſt le participe du verbe ὁρίζω, *deſtino*, & par conſéquent ces termes ſignifient *nuptiis jam deſtinatis*, & non pas *jam contractis*.

480. On cite encore ce que Grégoire de Tours *de Vitis Patrum*, *cap. ult.* rapporte de ſaint Liébard : *Quùm ad legitimam perveniſſet ætatem, cogentibus, juxtà conſuetudinem humanam, parentibus, ut arram puellæ, quaſi uxorem accepturus, daret impellitur ;* Grégoire de Tours rapporte enſuite le diſcours que lui fit ſon pere pour l'y déterminer contre ſon inclination. *Illo reſpuente ait pater : cur dulciſſime fili, &c. Hæc patre loquente, facilè tali ætatulæ perſuaſit voluntati pro-*

priæ contrariæ; denique dato sponsæ annulo porrigit osculum, præbet calceamentum, celebrat sponsalium diem festum. Enfin Grégoire de Tours ajoute que le pere & la mere de Liébard étant morts peu apres, Liébard, *ennestus denis nuptialibus*, alla voir son frere qu'il trouva ivre, & qu'ayant été touché de Dieu, il alla embrasser l'état religieux près de Tours.

Pour tirer argument de ce que Grégoire de Tours rapporte de saint Liébard, il faudroit qu'il eût dit nettement que Liébard étoit déja marié lorsqu'il alla embrasser l'état religieux. C'est ce qu'il ne dit pas: il dit seulement que le pere & la mere de Liébard le déterminerent contre son inclination à contracter des fiançailles avec une fille: *ut arrham puellæ, quasi uxorem accepturus, daret impellitur;* que Liébard, se rendant à leurs instances, contracta en effet ces fiançailles avec la fille, *dato sponsæ annulo porrigit osculum; præbet calceamentum, celebrat sponsalium diem festum.* Il n'est pas dit *nuptiarum diem festum;* il est dit *sponsalium:* il n'y avoit donc eu que des fiançailles.

La tradition de l'anneau & tout le reste dont il est parlé, ne désigne que des fiançailles. Il est vrai qu'il est dit ensuite

que Liébard alla chez ſon frere, *onuſtus donis nuptialibus;* mais les préſents qui ſe faiſoient en faveur du mariage, ſe faiſoient auſſi-bien avant comme depuis le mariage; & ſoit qu'il ſe fiſſent avant ou depuis, ils s'appelloient toujours *dona nuptialia;* ainſi cela ne prouve pas encore que Liébard eût été marié.

481. Enfin, on cite aſſez mal-à-propos ce que le vénérable Bede, *lib. 4, hiſtor. Angl.* rapporte de la Reine Edeldride, qui après avoir vécu dans la continence pendant douze ans de mariage avec le Roi Egbert ſon mari, ſe retira dans un Monaſtere où elle fit profeſſion religieuſe, & dont elle devint Abbeſſe un an après: car Bede dit expreſſément qu'elle n'y entra qu'avec la permiſſion du Roi ſon mari, qui eut bien de la peine à la lui accorder; *multum diù Regem poſtulans ut ſeculi curas relinquere & in Monaſterio tantùm Chriſto ſervire permitteretur, quod ubi vix aliquando impetravit, intravit Monaſterium;* n'y étant entrée qu'avec la permiſſion de ſon mari, ſon exemple ne peut pas ſervir à prouver qu'il eſt permis à une femme dont le mariage n'a pas encore été conſommé, de quitter ſon mari ſans ſon conſentement pour embraſſer la Profeſſion religieuſe.

482. Quoi qu'il en ſoit de ce qui a pu

ſervir de fondement au Droit des décrétales ſur la diſtinction du mariage conſommé & du mariage non-conſommé, & ſur la force qu'on donne à la Profeſſion religieuſe de diſſoudre le mariage non-conſommé, par la profeſſion que fait l'un des époux, quoique ſans le conſentement de l'autre; ce droit étoit ſi univerſellement reconnu dans l'Egliſe au temps du Concile de Trente, que le Concile jugea à propos de confirmer cette diſcipline, juſqu'à frapper d'anathême ceux qui la contrediroient: *ſi quis dixerit*, dit ce Concile, *matrimonium ratum non conſummatum, per ſolemnem religionis profeſſionem alterius conjugum non poſſe dirimi, anathema ſit.* ſeſſ. 24, can. 6.

483. Fra-Paolo, en rapportant ce canon au livre huit de ſon hiſtoire, *n.* 21, dit: » Pluſieurs furent ſurpris que l'on donnât » à croire comme article de foi, que le » mariage non-conſommé peut être diſ- » ſous par une Profeſſion ſolemnelle de » religion; car comme le mariage non- » conſommé par la conjonction char- » nelle, eſt un lien inſtitué par la Loi » divine, au-lieu que la ſolemnité de » la profeſſion eſt ſeulement de droit po- » ſitif, comme Boniface VIII l'a déclaré; » & que d'ailleurs l'Ecriture Sainte aſ- » ſure qu'il y avoit un vrai mariage

» entre Marie & Joſeph, il ſembloit fort
» étrange qu'un lien humain rompît un
» lien divin.

On reconnoît la malignité de Fra-Paolo, qui pour tourner en ridicule le Concile, voudroit faire entendre qu'il a fait de ce canon 6, un article de foi; ce qui ne fut jamais l'intention du Concile: n'y ayant que les choſes qui font partie de la révélation, qui puiſſent être des articles de foi, on ne peut douter que ce canon ne renferme qu'un point de pure diſcipline. Si le Concile a ajouté un anathême à la fin, ce n'eſt pas qu'il ait voulu le propoſer comme un objet de foi; mais c'eſt qu'il a voulu punir par cet anathême, la témérité de ceux qui ſe donnoient la liberté de cenſurer trop aigrement une diſcipline qui étoit déja reçue depuis long-temps dans l'Egliſe.

A l'égard de ce que dit Fra-Paolo, que la Profeſſion religieuſe n'étant que d'inſtitution humaine & de droit eccléſiaſtique, ne peut rompre le lien du mariage, qui eſt un lien divin; Palavicin lui répond, qu'il eſt vrai que la Profeſſion religieuſe n'eſt que de droit eccléſiaſtique quant à ſa forme; mais que quant au fond, & en tant qu'elle conſiſte dans cette abdication réelle qu'une

perſonne fait de tout ce qu'elle a dans le ſiecle pour ſe conſacrer entiérement à Dieu, elle eſt auſſi d'inſtitution divine : nous en avons des exemples dans les Diſciples que Jeſus-Chriſt appelloit à lui, & qui par ſon ordre renonçoient à tout ce qu'ils avoient dans le ſiecle, pour le ſuivre. L'Evangile rapporte des enfants de Zébédée, que lorſque Jeſus-Chriſt les eut appellés à lui, ils abandonnerent auſſitot leurs filets (qui étoit tout le bien qu'ils avoient dans le monde) & leur pere, pour le ſuivre, *illi autem ſtatim relictis retibus & patre, ſecuti ſunt eum.* Math. IV. 21.

Palavicin reprend auſſi Fra-Paolo d'avoir dit que tous les canons du mariage paſſerent au Concile à l'unanimité, tels qu'ils ſe trouvent. Il atteſte au contraire, qu'entr'autres le canon ſixieme dont eſt queſtion, ſouffrit beaucoup de contradictions de la part du Cardinal de Lorraine & de pluſieurs autres Peres.

484. Pour que la Profeſſion religieuſe que fait l'une des parties qui ont contracté mariage, puiſſe, ſuivant le Droit des décrétales & du Concile de Trente, en rompre le lien; avant qu'il ait été conſommé, il faut qu'elle ait été faite ſolemnellement dans un Ordre religieux approuvé, & qu'on y ait obſervé tout ce que les

règles de l'Eglise & les loix de l'Etat exigent pour la rendre valable.

485. Quoique l'état des Ordres sacrés soit un état encore plus saint que celui de la Profession religieuse, & qu'il renferme tacitement le vœu de continence; néanmoins, comme il ne renferme pas un entier renoncement au siecle, on ne lui a pas donné l'effet qu'on donne à la Profession religieuse, de rompre le lien du mariage qui n'est pas encore consommé.

La promotion aux Ordres sacrés forme bien un empêchement dirimant pour un mariage qui seroit contracté depuis cette promotion; mais elle ne peut pas rompre le mariage contracté auparavant, quoiqu'il n'eût pas encore été consommé. C'est ce que decide Jean XXII. *licet votum solemnisatum per Sacri Ordinis susceptionem*, dit ce Pape, *quantùm ad impediendum matrimonium contrahendum ac ad dirimendum, si post contractum fuerit, sit efficax reputandum; ad dissolvendum tamen prius contractum, etiamsi per carnis copulam non fuerit consummatum (quùm nec jure divino nec per sacros canones reperiatur hoc statutum) invalidum est censendum.* cap. unic. de voto & vot. redempt. in extravag.

Si donc un homme marié faisant son

mariage qui n'étoit pas encore conſommé, ſe faiſoit promouvoir aux Ordres ſacrés, il devroit être déclaré ſuſpens de ſes Ordres, & condamné de retourner avec ſa femme.

ARTICLE III.

Si l'Adultere de la femme diſſout le Mariage.

486. Cette queſtion dépend de l'interprétation qu'on doit donner au célebre paſſage qui ſe trouve ſur cette matiere dans l'Evangile de ſaint Mathieu, *chap.* 19, où il eſt rapporté que les Phariſiens ayant demandé à Jeſus-Chriſt s'il étoit permis à un homme de répudier ſa femme: *Si licet homini dimittere uxorem ſuam quâcumque ex cauſâ:* Jeſus-Chriſt leur répondit, que par l'inſtitution divine dans la création, Dieu avoit tellement uni l'homme & la femme, qu'ils ne devoient faire enſemble qu'une même chair; qu'il ne devoit donc pas être au pouvoir de l'homme de ſéparer ce que Dieu avoit uni: *Non legiſtis, quia qui fecit hominem, ab initio maſculum & fœminam fecit eos, & dixit: . . . . Erunt duo in carne unâ; itaque jam non ſunt duo, ſed una caro; quod ergò Deus*

conjunxit, homo non separet. Les Pharisiens insisterent, & dirent : pourquoi donc Moïse a-t-il permis de répudier sa femme, en lui donnant un écrit de divorce : *Dicunt illi, quid ergò Moyses mandavit dare libellum repudii, & dimittere?* Jesus-Christ répondit : ce n'est que par tolérance que Moïse a permis cela ; & moi, je vous dis : Que celui qui renvoie sa femme, si ce n'est pour cause d'adultere, & qui en épouse une autre, commet un adultere ; & que celui qui épouse la femme, qu'un autre a renvoyée, commet pareillement un adultere : *Ait illis quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit*, &c. *Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, NISI OB FORNICATIONEM, & aliam duxerit, mœchatur ; & qui dimissam duxerit, mœchatur.*

La difficulté tombe sur ces mots, *nisi ob fornicationem.* Jesus-Christ entend-t-il par l'exception qu'il fait du cas auquel la femme auroit commis adultere, permettre au mari de faire avec elle en ce cas un véritable divorce qui rompe le lien du mariage, & qui donne la liberté à l'homme d'en épouser une autre ; ou par cette exception, *nisi ob fornicationem*, entend-t-il seulement permettre à l'homme de chasser en ce cas sa femme ;

& de ſe ſéparer d'habitation avec elle, ſans dire que le lien du mariage ſera en ce cas diſſous, & qu'il ſera permis à l'homme d'épouſer une autre femme; de maniere que dans le texte, ces termes *niſi ob fornicationem* ne doivent ſe rapporter qu'à *quicumque dimiſerit*, & non à ceux-ci, *qui aliam duxerit*; & que la phraſe doit s'entendre en ce ſens, *quicumque dimiſerit uxorem ſuam*, (quod non licet facere) *niſi ob fornicationem*, *& qui* (priore dimiſſâ, ſive injuſtè, ſive etiam juſtè ob ejus fornicationem) *aliam duxerit, mœchatur.*

La même difficulté ſe rencontre au Chapitre cinquieme du même Evangile, ℣. 31 & 32, où Jeſus-Chriſt dit: La Loi dit, celui qui renvoie ſa femme, doit lui donner un écrit de divorce; & moi je vous dis: celui qui renvoie ſa femme, excepté le cas auquel elle auroit commis adultere, la met dans l'occaſion de commettre un adultere en ſe mariant à un autre; & celui qui l'épouſe, commet un adultere en l'épouſant: *Dictum eſt, quicumque dimiſerit uxorem ſuam, det ei libellum repudii: ego autem dico vobis, quia omnis qui dimiſerit uxorem ſuam, exceptâ fornicationis cauſâ, facit eam mœchari, & qui dimiſſam duxerit, adulterat.* Par ces termes, *excep-*

nâ fornicationis causâ, Jesus-Christ entend-t-il permettre à l'homme, dans le cas de cette exception, de faire un véritable divorce qui rompe le lien du mariage, & le mettre en liberté d'épouser une autre femme ? ou par cette exception entend-t-il seulement permettre à l'homme, en ce cas, de se séparer d'habitation d'avec sa femme, sans qu'il soit en cela responsable devant Dieu de l'adultere que la femme qu'il a renvoyée, pourroit commettre en épousant un autre homme ?

487. La question a souffert difficulté dans les premiers siecles.

Elle parut si difficile au premier Concile d'Arles, tenu l'an 314, que ce Concile, l'un des plus célebres & des plus nombreux de l'antiquité, où six cents Evêques avoient assisté (*), n'osa pas la décider ; c'est ce qui paroît par le canon dixieme de ce Concile, qui dit : *De his qui conjuges suas in adulterio deprehendunt, & ii sunt adolescentes, & prohibentur nubere ; placuit ut in quantum potest consilium eis detur, ne viventibus uxoribus, licèt adulteris, alias accipiant.*

Le Concile, en ne voulant pas qu'on fasse une défense absolue aux hommes,

(*) Adon de Vienne en sa Chronique.

qui ont renvoyé leurs femmes adulteres, de ſe remarier, témoigne qu'il regarde comme une choſe incertaine, ſi le lien du mariage ſubſiſte en ce cas, ou s'il eſt diſſous; car s'il étoit certain qu'il ſubſiſtât, le Concile ne ſe ſeroit pas contenté de conſeiller aux hommes de ne ſe pas remarier; il le leur auroit défendu abſolument.

488. Il eſt vrai que le Concile d'Elvire, qu'on croit avoir été tenu vers l'an 305, & par conſéquent peu de temps avant le Concile d'Arles, ordonne que les femmes, qui, après avoir quitté leur mari adultere; en auront épouſé un autre, ſeront privées de la Communion, tant que vivra leur premier mari, ſi ce n'eſt à la mort: *Fidelis fœmina quæ adulterum maritum reliquerit fidelem, & alterum duxerit, prohibeatur ſi nubat; ſi autem duxerit, non priùs Communionem accipiat quàm is quem reliquerit de ſeculo exierit, niſi neceſſitas infirmitatis dare compulerit.* Mais bien-loin qu'on puiſſe conclure de ce canon que ce Concile ait décidé que la ſéparation pour cauſe d'adultere, ſoit du mari, ſoit de la femme, n'empêche pas le lien de mariage de ſubſiſter; on tire, au contraire, un argument négatif de ce Concile, pour en conclure que n'ayant prononcé cette peine que con-

tre les femmes qui ſe remarioient après avoir quitté leur mari adultere, & n'en ayant prononcé aucune contre les hommes, qui, après avoir chaſſé leurs femmes adulteres, en épouſent une autre; il s'enſuit que les Peres de ce Concile ne croyoient pas qu'après qu'un homme avoit répudié ſa femme adultere, le lien du mariage ne laiſſoit pas de ſubſiſter; car s'ils l'euſſent cru, le Concile auroit prononcé les mêmes peines contre l'homme qui ſe remarie après avoir renvoyé ſa femme adultere, que celles qu'il a prononcées contre la femme qui ſe remarie, après avoir quitté ſon mari adultere.

On dira qu'il y a même raiſon, & que ſi l'adultere du mari ne rompt pas le lien du mariage, comme le Concile paroît le ſuppoſer, en prononçant la peine de la privation de la Communion contre la femme qui ſe remarie après avoir quitté ſon mari adultere, l'adultere de la femme ne doit pas auſſi le rompre.

On répond que, quoiqu'il paroiſſe effectivement qu'il dût y avoir même raiſon, néanmoins nous apprenons de ſaint Baſile, qui vivoit au quatrieme ſiecle, en ſon Epître canonique à Amphiloque, *canon* 9, que c'étoit un ancien ſenti-

ment reçu par la coutume dans l'Egliſe, qu'il y avoit une différence entre l'adultere commis par la femme, & l'adultere commis par l'homme; que Notre-Seigneur ne s'étant expliqué que ſur le cas de l'adultere de la femme, en permettant au mari, en ce cas, de la répudier, cela ne devoit pas être étendu à la femme, à qui il ne devoit pas être pareillement permis de faire divorce avec ſon mari lorſqu'il avoit commis adultere: *Domini ſententia juxtà ſenſûs conſequentiam æquè viris ac mulieribus convenit, quod non liceat à matrimonio diſcedere, exceptâ cauſâ fornicationis; at verò conſuetudo adulterantes viros: & qui in fornicationibus verſantur, mandat à mulieribus retineri.*

Nous voyons encore cette diſtinction dans une loi de Conſtantin, qui rapporte bien l'adultere de la femme parmi les cauſes pour leſquelles un mari peut répudier ſa femme, mais qui ne rapporte pas de même l'adultere du mari parmi les cauſes pour leſquelles il étoit permis à une femme de faire divorce avec ſon mari; c'eſt conformément à cette diſtinction que le Concile a prononcé des peines contre la femme, qui, après avoir quitté ſon mari adultere, en épouſoit un autre de ſon vivant, & qu'il n'en a prononcé aucune contre le mari, qui épou-

ſoit une autre femme du vivant de celle qu'il avoit chaſſée pour cauſe d'adultere; c'eſt pourquoi, bien-loin qu'on puiſſe inférer de ce canon que le Concile d'Elvire, en décidant qu'il n'étoit pas permis à une femme, qui avoit quitté ſon mari adultere, d'en épouſer un autre de ſon vivant, devoit être cenſé avoir pareillement décidé qu'il n'étoit pas permis au mari, qui a renvoyé ſa femme adultere, d'en épouſer de ſon vivant une autre; on doit, au contraire, inférer de ce Concile, qu'ayant prononcé des peines contre la femme qui avoit quitté ſon mari adultere, & n'en ayant prononcé aucune contre le mari qui a répudié ſa femme adultere, il n'a pas cru qu'il fût défendu au mari, qui a répudié ſa femme adultere, d'en épouſer une autre du vivant de celle qu'il a répudiée; car s'il l'eût cru, il n'eût pas manqué de prononcer la même peine, en ce cas, contre le mari, qu'il a prononcée contre la femme.

489. Ajoutez à cela que pluſieurs des anciens Peres ont enſeigné en termes formels que le lien du mariage pouvoit être rompu par l'adultere de la femme. C'eſt ce que dit Tertullien dans le quatrieme livre contre Marcion : *præter ex cauſâ adulterii nec creator disjungit quod ipſe ſcilicet conjunxit.* Donc, ſelon Ter-

tullien *ex cauſâ adulterii Deus disjungit aut disjungi permittit quod conjunxerat.*

Saint Epiphane dans ſon livre *adversùs Hæreſes*, cap. 59, dans le quatrieme ſiecle, où il combat les erreurs de certains hérétiques qui ſe donnoient le nom de *Cathares*, c'eſt-à-dire *Purs*, leſquels condamnoient les ſeconds mariages, même à l'égard des laïques, s'exprime ainſi ſelon la traduction du Pere Petau, v. 4. *In populo tolerari iſtud poteſt, ut qui uxore primâ contenti eſſe non poſſunt, eâ mortuâ ſecundam ſibi copulent, quanquàm qui unam duntaxat habuit, majori, Eccleſiæ judicio, honore dignus eſt; ſed cui mortuâ una non ſufficit, cum occaſione aliquâ ſtupri adulteriique aut alterius flagitii cum eâ divortium fecerit, is ſi alteram uxorem duxerit, aut alteri viro nubſerit, ſacrarum Litterarum auctoritas ab omni culpâ illos abſolvit, neque ab Eccléſiâ aut æternâ vitâ rejicit, ſed propter imbecillitatem tolerandos exiſtimat, non ita tamen ut duas, alterâ ſuperſtite, uxores habeat, ſed ut ab unâ ſeparatus, alteram ſibi legitimè, ſi lubet, adjungat.*

Aſterius, Evêque d'Amaſée, dans le même ſiecle, dit expreſſément dans une Homélie ſur Saint Mathieu: *exiſtimate & omninò vobis perſuadete matrimonia morte eantùm & ADULTERIO dirimi.*

490. Saint Auguſtin a traité *ex profeſſo* la queſtion de l'indiſſolubilité du mariage en cas d'adultere; c'eſt dans ſon premier livre *de Conjug. Adulter. ad Pollentium.* Il décide que l'adultere de l'un des conjoints par mariage ne donne lieu qu'à la ſéparation d'habitation; mais ne rompt pas le lien du mariage, & que le mari qui a chaſſé ſa femme, pour cauſe d'adultere, ne peut pas, ſans commettre lui-même adultere, épouſer une autre femme, tant qu'elle vit; de même que la femme qui a quitté ſon mari adultere, ne peut pas, de ſon vivant, épouſer un autre homme.

Il emploie, pour l'établir, le paſſage de l'Evangile de Saint Marc x, 11. où l'Evangéliſte fait dire à Jeſus-Chriſt, en termes généraux, ſans excepter le cas de l'adultere de la femme, ni aucun autre cas: quiconque renvoie ſa femme, & en épouſe une autre, commet adultere. *Quicumque dimiſerit uxorem ſuam, & aliam duxerit, adulterium committit ſuper eam.* Il cite auſſi le paſſage de Saint Luc, *chap* 16, *n.* 18, où Jeſus-Chriſt dit pareillement, ſans faire aucune exception: *omnis qui dimittit uxorem ſuam & alteram ducit, mœchatur; & qui dimiſſam à viro ducit, mœchatur.*

Saint Auguſtin argumente de ces tex-

tes de cette maniere : ces Evangéliſtes, dit-il, ayant parlé indiſtinctement. *Qui ſumus ut dicamus, eſt qui mæchatur uxore ſuâ dimiſſâ alteram ducens, & eſt qui hoc faciens non mæchatur ; cùm Evangelium dicat omnem mæchari qui hoc fecit : proindè ſi omnis qui hoc fecerit, ut uxore ſuâ dimiſſâ alteram ducat, mæchatur ; ſine dubitatione ibi ſunt ambo, & qui præter cauſam fornicationis dimittit uxorem.* n. 10.

Saint Auguſtin tire encore argument pour ſon interprétation, de ce que dit Saint Paul, *Epiſt.* 1. *ad Corinth.* VII, 10. J'ordonne de la part du Seigneur aux femmes de ne pas quitter leurs maris, ou ſi elles les quittent, de ne ſe pas remarier. *Iis qui matrimonio junctì ſunt, præcipio, non ego, ſed Dominus, uxorem à viro non diſcedere, quòd ſi diſceſſerit, manere innuptam aut viro ſuo reconciliari : & vir uxorem non dimittat.* Saint Auguſtin tire de ce paſſage cet argument : Saint Paul, en ordonnant à la femme qui a quitté ſon mari, de ne ſe pas remarier, entend parler de celle qui l'a quitté pour cauſe d'adultere commis par ſon mari ; autrement il ne lui auroit pas été permis de le quitter : or il lui ordonne de la part du Seigneur de ne ſe pas marier à un autre ; donc Saint Paul ſuppoſe que l'adultere commis par le mari,

mari, autoriſe bien la femme à le quitter, mais qu'il ne rompt pas le lien de leur mariage, puiſqu'il leur défend d'épouſer un autre homme ; *ſi diſceſſerit, manere innuptam.* Donc pareillement, conclut ſaint Auguſtin, l'adultere de la femme autoriſe ſeulement le mari à la renvoyer, mais il ne rompt pas le lien du mariage, la condition de l'un & de l'autre devant être égale : Or, dit-il, *ſi par forma eſt in utroque, uterque mœchatur, ſi ſe alteri junxerit, etiamſi ſe à fornicante disjunxerit ; parem vero eſſe formam in hâc cauſâ viri & mulieris ibi oſtendit Apoſtolus, ubi cùm dixiſſet uxor non habet poteſtatem corporis ſui, ſed vir ; adjecit atque ait : ſimiliter vir non habet poteſtatem ſui corporis, ſed mulier.*

491. Les avis étoient encore partagés ſur cette queſtion au temps de ſaint Auguſtin ; il reconnoît lui-même en ſon Traité *de Fide & Operibus*, cap. 19, que la queſtion ſouffroit difficulté. Il dit : *In ipſis divinis Scripturis ita obſcurum eſt utrum iſte cui quidem ſine dubio licet adulteram dimittere, adulter tamen habeatur ſi aliam duxerit, ut, quantùm exiſtimo, venialiter ibi quiſque fallatur.* Et dans le ſecond de ſes livres *Retractationum*, c. 57, il dit qu'il n'oſe ſe flatter d'avoir parfaitement éclairci la queſtion : *Scripſi*

duos libros de adulterinis conjugiis quantùm potui ſecundùm Scripturas, cupiens ſcivere difficillimam quæſtionem, quod utrum enodatiſſimè fecerim neſcio; imò verò non me perveniſſe ad hujus rei perfectionem ſentio, quamvis multos ſinus ejus aperuerim, quod judicare poterit quiſquis intelligenter legit.

492. L'autorité de ſaint Auguſtin, dont les déciſions ont toujours été regardées comme des oracles, ne tarda pas à réunir les ſuffrages ſur cette queſtion.

Dans le Code de l'Egliſe d'Afrique, le canon 102 eſt conçu en ces termes : *Placuit ut ſecundùm evangelicam & apoſtolicam diſciplinam, neque dimiſſus ab uxore, neque dimiſſa à marito, alteri conjungantur, ſed ita maneant, aut ſibimet reconcilientur; quod ſi contempſerint, ad pœnitentiam redigantur, in quâ cauſâ legem imperialem petendam promulgari.*

Quoique ce canon ne parle pas expreſſément du cas auquel le divorce eſt fait pour cauſe d'adultere ; néanmoins étant conçu en termes généraux, & ne faiſant aucune exception, il comprend ce cas comme les autres, & il décide qu'en cas de divorce, pour quelque cauſe qu'il ſoit intervenu, ſoit pour cauſe d'adultere, ſoit pour quelqu'autre cauſe, il n'eſt permis ni à l'homme d'é-

pouſer une autre femme du vivant de celle dont il eſt ſéparé, ni à la femme d'épouſer un autre homme du vivant de celui dont elle eſt ſéparée.

Il eſt d'autant plus certain que ce canon doit être entendu en ce ſens, qu'il eſt écrit en marge qu'il eſt tiré du ſecond Concile de Mileve ; ſaint Auguſtin ayant aſſiſté à ce Concile, tenu contre les Pélagiens l'an 416, & en ayant été l'ame, c'eſt ſur ſa doctrine que ce canon a été rédigé.

Denis le Petit, dans ſa Collection des Canons, a inſéré par abrégé ce Code de l'Egliſe d'Afrique : le canon que nous venons de rapporter s'y trouve ſous le titre *Tituli diverſorum canonum Africanæ Eccleſiæ*, à l'article 102, en ces termes : *De his qui uxores aut quæ viros dimittunt, ut ſic maneant*, (ſupple *innupti, quamdiu vivit perſona dimiſſa*).

Cet Aauteur, qui floriſſoit ſur la fin du cinquieme ſiecle & au commencement du ſixieme, n'ayant inſéré dans ſa collection que les canons qui étoient alors univerſellement reçus dans l'Egliſe, où, en conſéquence, ſa collection, depuis qu'elle a paru, a été de la plus grande autorité ; il s'enſuit que la doctrine de l'indiſſolubilité du mariage ſans aucune exception, que renfermoit le canon ci-

deſſus cité qui ſe trouve dans cette collection, étoit, dès le temps qu'elle a paru, un point de diſcipline univerſellement reconnu dans l'Egliſe d'Occident.

493. Ce canon & la doctrine qu'il renferme, ont reçu une nouvelle autorité par les Capitulaires de Charlemagne, où il a été inſéré. On le trouve dans la collection de l'Abbé Andegiſe, *liv. 1, art 42*, en ces termes : *Item ex eodem (Concilio Africano) ut nec uxor à viro dimiſſa alium accipiat virum, vivente viro ſuo, nec vir aliam accipiat uxorem, vivente priore.*

494. Les Conciles tenus dans les ſiecles ſuivants, ont ſuivi cette doctrine, & ſe ſont même expliqués encore plus formellement, ayant exprimé le cas du divorce pour cauſe d'adultere. Le Concile de Frioul, tenu ſous Charlemagne, ſur la fin du huitieme ſiecle, canon 10, porte : *Placuit ut reſoluto, fornicationis cauſâ, jugali vinculo* (*) *non liceat viro, quamdiù adultera vivit, aliam uxorem ducere.*

Le Concile de Nantes, qui eſt au moins

(*) Par ces termes, *jugali vinculo*, le Concile n'entend parler que de l'obligation mutuelle que les conjoints avoient contractée de ſe rendre le devoir conjugal, laquelle eſt diſſoute par le crime d'adultere ; il n'entend pas parler du lien conju-

du temps de Charlemagne, qui a inſéré deux de ſes canons dans ſes Capitulaires, mais qui peut être beaucoup plus ancien, ſon époque étant incertaine; dit au canon douzieme : *Si cujus uxor adulterium perpetravit, & hoc à viro deprehenſum fuerit & publicatum, dimittat uxorem..... vir verò ejus, illâ vivente, nullatenùs aliam accipiat.*

Le Concile tenu à Tribur près Mayence, l'an 895, dans le canon 46, parle du cas d'une femme répudiée par ſon mari pour cauſe d'adultere, & pourſuivie criminellement; & à la fin de ce canon, il dit : *Maritus verò, quamdiù ipſa vivat, nullo modo uxorem ducat.*

Le Concile tenu à Troſli, en 909, au canon 8, dit : *Uxor nunquam propter hominem ſeparanda, & ſi fornicata fuerit, & vir ejus voluerit, dimittenda; ſed illâ vivente, altera non ducenda, quia adulteri regnum Dei non poſſidebunt.*

495. On peut ajouter à ces autorités, le ſuffrage unanime des Auteurs eccléſiaſtiques qui ont écrit depuis le

gal proprement dit, par lequel Dieu les a unis en une même chair : le Concile reconnoît que l'adultere ne rompt pas celui-là, puiſqu'il décide, que celui qui a répudié ſa femme pour cauſe d'adultere, ne peut ſe remarier, tant qu'elle vit.

ſixieme ſiecle ſur ces matieres, leſquels ont enſeigné en termes formels, que l'homme qui avoit répudié ſa femme, quoique pour cauſe d'adultere, ne pouvoit pas, du vivant de cette femme, en épouſer une autre; tels ſont, dans le ſeptieme ſiecle, Bede, ſur le chap. 10 de ſaint Marc; dans le neuvieme, Jonas, Evêque d'Orléans; Hincmar de Reims, dans ſon Ouvrage du divorce de Lothaire & de Theutberge; Paſchaſe Ratbert, ſur le chapitre 19 de ſaint Matthieu; Yves de Chartres, dans ſa Lettre 125e à Dambert de Sens. L'Auteur de la Tradition ſur le Mariage a recueilli ces témoignages, où on peut les voir; ou encore mieux dans les Livres originaux.

496. Le Droit canonique moderne n'eſt pas moins déciſif que l'ancien, pour la doctrine de l'indiſſolubilité du mariage, ſans aucune exception, même dans le cas du divorce pour cauſe d'adultere.

Cette doctrine eſt enſeignée dans le Décret de Gratien; cet Auteur, *cauſâ 32, quæſt. 7*, rapporte, à ſon ordinaire, les autorités pour & contre; & après avoir rapporté celles ſur leſquelles eſt établie la doctrine de l'indiſſolubilité, il dit: *His autoritatibus evidentiſſimè monſtratur, quod quicumque fornicationis cauſâ uxo-*

rem ſuam dimiſerit, aliam, illâ vivente, ducere non poterit; & ſi duxerit, reus adulterii erit.

Le Droit des Décrétales eſt pareillement conforme à cette doctrine; en conſéquence, Alexandre III, *cap. 5, ext. de divort.* décide qu'un mari qui, après s'être ſéparé de ſa femme pour cauſe d'adultere, s'étoit, du vivant de cette femme, remarié à une autre, devoit être condamné à retourner avec la premiere qu'il avoit quittée.

Par cette déciſion, le Pape regarde tellement comme un adultere, le mariage qu'un homme contracte du vivant de la femme qu'il a quittée pour cauſe d'adultere, qu'il ordonne que cet homme ne puiſſe plus reprocher à ſa femme qu'il a répudiée, l'adultere qu'elle a commis, ſuivant la regle, *paria delicta mutuâ penſatione extinguuntur*; & qu'en conſéquence il ſoit tenu de retourner avec cette femme, de laquelle, ſans cela, il auroit pu demeurer ſéparé.

Dans le quinzieme ſiecle, Eugene IV, dans le Concile de Florence, dit nettement que l'adultere ne donne lieu qu'à la ſéparation d'habitation, & qu'il ne peut diſſoudre le lien. Le troiſieme caractere du mariage, dit ce Pape, eſt l'indiſſolubilité, *propter hoc quod ſigni-*

ſicut indiviſibilem conjunctionem Chriſti & Eccleſiæ : quamvis autem ex cauſâ fornicationis liceat thori ſeparationem facere, non tamen aliud matrimonium contrahere fas eſt, cùm matrimonii vinculum legitimè contracti perpetuum ſit. 13e tome des Conciles du Pere Labbe, page 539.

497. Cette doctrine de l'indiſſolubilité du mariage, même en cas de ſéparation pour cauſe d'adultere, étoit ſi autoriſée dans l'Egliſe Latine au temps du Concile de Trente, que lorſque la queſtion y fut propoſée, on avoit projetté un décret qui frappoit d'anathême le ſentiment contraire. Les Ambaſſadeurs de la République de Veniſe s'y oppoſerent, & repréſenterent que dans pluſieurs Provinces ſujettes de la République, qui ſuivoient le rit Grec, on avoit ſur ce point une diſcipline contraire à celle de l'Egliſe Latine, & qu'on y tenoit, comme dans toute l'Egliſe Grecque, que l'adultere de la femme rompoit le lien du mariage, & que l'homme qui l'avoit répudiée pour cette cauſe, pouvoit, du vivant de cette femme, en épouſer une autre ; qu'il n'étoit pas juſte de condamner les peuples de ces Province ſans les avoir entendus, d'autant plus que dans les articles qui furent propoſés dans le treizieme ſiecle pour la réu-

nion des Grecs, on ne leur propoſa pas de ſe départir ſur ce point de leur diſcipline. Ces repréſentations firent changer le canon ; le Concile laiſſa à chaque Egliſe la liberté de ſuivre la diſcipline qu'elle avoit anciennement tenue, & ſe contenta de frapper d'anathême ceux qui s'arrogeroient l'autorité de cenſurer & de taxer d'erreur la diſcipline de l'Egliſe Latine ſur ce point.

C'eſt pourquoi le canon, qui eſt le ſeptieme, *ſeſſ.* 24, fut rédigé de cette maniere : *Si quis dixerit Eccleſiam errare cùm docuit & docet juxta evangelicam & apoſtolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum, matrimonii vinculum non poſſe diſſolvi, vel etiam innocentem qui cauſam adulterio non dedit, non poſſe, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere, mœcharique eum qui, dimiſſâ adulterâ, aliam duxerit, & eam quæ dimiſſo adultero, alii nubſerit, anathema ſit.*

Quoi qu'il en ſoit de cette queſtion, il n'eſt pas douteux *in praxi* parmi nous, que lorſqu'un homme s'eſt fait ſéparer de ſa femme, après l'avoir convaincue d'adultere, le lien du mariage eſt cenſé ſubſiſter, & forme un empêchement dirimant qui rend nul le mariage qu'il contracteroit avec une autre, du vivant de celle qu'il a répudiée.

ARTICLE IV.

Lorſque l'un des Conjoints qui ſe ſont mariés étant infideles, ſe fait Chrétien, peut-il diſſoudre le lien du mariage qu'il a contracté avec l'autre qui perſevere dans l'incrédulité.

498. La déciſion de cette queſtion dépend de l'interprétation qu'on doit donner à quelques verſets du ſeptieme chapitre de la premiere Epître de ſaint Paul aux Corinthiens.

Dans ce chapitre, après que ſaint Paul a établi comme un principe général, que, ſuivant le commandement du Seigneur, une femme ne doit point quitter ſon mari; que ſi elle l'a quitté, il ne lui eſt pas permis de ſe remarier; qu'elle doit reſter ſans mari, ou ſe réconcilier avec celui qu'elle a quitté; qu'un mari ne peut pareillement quitter ſa femme (*); il vient enſuite à la queſtion qui lui avoit été faite ſur le cas particulier d'un Chrétien qui a une femme infidele, ou d'une Chrétienne qui a un mari infidele, il ré-

(*) *His qui matrimonio junctî ſunt, præcipio, non ego, ſed Dominus, uxorem à viro non diſcedere; quod ſi diſcefſerit, manere innuptam, aut viro ſuo reconciliari, & virum non dimittere uxorem.*

pond qu'il n'a point de commandement formel du Seigneur à leur apporter pour ce cas particulier, ſur lequel le Seigneur ne s'eſt pas expliqué ; mais ce que j'ai à vous dire, leur dit-il, c'eſt que ſi un de nos freres a une femme infidele qui veuille bien demeurer avec lui, il ne doit point la renvoyer ; & pareillement, ſi une de nos ſœurs a un mari infidele qui veuille bien demeurer avec elle, elle ne doit point le quitter ; car bien-loin que la partie fidele ſoit ſouillée par la partie infidele, au contraire, la partie fidele peut ſervir à la ſanctification de la partie infidele.

Vous procurez auſſi, en demeurant avec la partie infidele, la ſanctification de vos enfants, auxquels vous procurez la grace du Baptême & l'inſtruction dans la Foi, au-lieu qu'en vous ſéparant de la partie infidele, & les lui laiſſant, ils ſeroient impurs. Si cependant la partie infidele veut ſe ſéparer, & qu'il ne ſoit pas poſſible à la partie fidele de vivre en union avec elle, nous n'obligeons pas notre frere ou notre ſœur à courir après la partie infidele, pour être avec elle dans une diſcorde continuelle ; nous ne leur impoſons pas une pareille ſervitude : Dieu nous a appellés à un état de paix ; néanmoins que le fidele ne néglige rien

pour demeurer avec l'infidele ; car qui ſçait ſi vous ne gagnerez pas à la Foi votre mari, en demeurant avec lui ? qui ſçait ſi vous ne gagnerez pas votre femme à la Foi, en demeurant avec elle ? *Cæteris ego dico, non Dominus, ſi quis frater uxorem habet infidelem, & hæc conſentit habitare cum illo, non diſcedat ; & ſi quæ mulier fidelis habet virum infidelem, & hic conſentit habitare cum illâ, non dimittat virum ; ſanctificatus eſt enim vir infidelis per mulierem fidelem, & ſanctificata eſt mulier infidelis per virum fidelem ; alioquin filii veſtri immundi ſunt, nunc autem ſancti ſunt. Quod ſi infidelis diſcedit, diſcedat ; non enim ſubjectus eſt frater aut ſoror in hujuſmodi, in pace autem vocavit nos Deus ; unde enim ſcis mulier ſi virum ſalvum facies, aut unde ſcis vir ſi mulierem ſalvam facies, &c.* ℣. 12, 13, 14, 15, 16.

Le point de la queſtion eſt de ſçavoir ſi S. Paul, par les verſets que nous venons de rapporter, permet à la partie fidele de faire avec la partie infidele un divorce qui rompt le lien du mariage, ou s'il permet ſeulement une ſimple ſéparation d'habitation qui le laiſſe ſubſiſter.

409. Cette queſtion a été depuis peu très-bien diſcutée dans une eſpece, ſur laquelle eſt intervenu un Arrêt du Parlement,

Borach Levi, Juif de naiſſance & originaire d'Haguenau, y avoit contracté mariage avec *Mendel-Cerf*, qui étoit pareillement Juive & native d'Haguenau. Borach Levi étant venu à Paris, ſe convertit au Chriſtianiſme, & fut baptiſé à Monmagni, village du Dioceſe de Paris, le 10 Août 1752, avec deux enfants qu'il avoit de ſon mariage, & qu'il avoit amenés avec lui.

Depuis, Borach Levi fit, les 13 Mai & 22 Octobre mil ſept cent cinquante-quatre, des ſommations à ſa femme Mendel-Cerf, qui étoit reſtée à Haguenau, de venir le joindre ; & par la ſeconde de ces ſommations, il lui déclare qu'il conſent qu'en venant le rejoindre, elle vive chez lui dans la profeſſion du Judaïſme.

A ces ſommations, Mendel-Cerf ayant répondu qu'elle ne vouloit point retourner avec lui, & qu'elle le ſommoit de lui envoyer, ſelon les formes du Judaïſme, un libelle de divorce, pour qu'elle pût ſe marier à un autre homme de ſa religion ; Borach la fit aſſigner à l'Officialité de Strasbourg, où il obtint Sentence le 7 Novembre 1754, qui lui donne acte des ſommations par lui faites à ſa femme, & des réponſes de ſa femme, & déclare qu'il eſt libre de ſe pourvoir par mariage en face d'Egliſe avec une

perſonne de même religion que celle qu'il profeſſe maintenant.

Depuis, Borach ayant contracté des promeſſes de mariage avec une fille de Villeneuve-ſur-Bellot, Dioceſe de Soiſſons, nommée Anne Thevard, auxquelles le pere de ladite Thevard avoit ſouſcrit, s'adreſſa au Curé dudit Villeneuve, pour publier ſes bans de mariage. Il fit ſignifier les ſommations qu'il avoit faites à Mendel-Cerf; la Sentence de l'Official de Strasbourg, qui avoit prononcé la diſſolution de ſon mariage avec elle; & un certificat du Sécretaire de l'Evêché de Strasbourg, qui atteſte que par les regiſtres du Greffe, il paroît que de tout temps il a été permis, dans le Dioceſe de Strasbourg, aux Juifs baptiſés de ſe remarier avec des Catholiques, lorſque leurs femmes Juives ont refuſé de cohabiter avec eux depuis leur Baptême, & que cet uſage a été conſtamment reconnu par le Conſeil Souverain de Colmar.

Le Curé ne s'étant pas contenté de ces pieces, & ayant refuſé de publier les bans de mariage, Borach le fit aſſigner en l'Officialité de Soiſſons, pour qu'il lui fût enjoint de les publier: l'Official, par ſa Sentence du 5 Février 1756, ayant déclaré Borach non-recevable en ſa de-

mande, Borach interjetta appel comme d'abus de cette Sentence au Parlement.

La queſtion qui étoit à juger au Parlement ſur cet appel, étoit de ſçavoir ſi Borach avoit pu rompre, quant au lien, le mariage qu'il avoit contracté dans le Judaïſme avec Mendel-Cerf, & s'il pouvoit en conſéquence épouſer une autre femme de ſon vivant. Cette queſtion y fut tres-bien diſcutée : on a imprimé les conſultations & les plaidoyers qui ont été faits ſur cette matiere. Nous rapporterons, dans un premier paragraphe, les raiſons qui furent alléguées pour ſoutenir que S. Paul permettoit à un infidele converti au Chriſtianiſme, de rompre, même quant au lien, le mariage qu'il avoit contracté dans l'infidélité, lorſque l'autre conjoint demeuré dans l'infidélité, refuſoit de cohabiter avec lui : dans un ſecond paragraphe, nous rapporterons les raiſons qui furent alléguées pour prouver que le mariage ne pouvoit en ce cas ſe rompre quant au lien, & l'Arrêt qui eſt intervenu ſur la queſtion.

§. I.

Raiſons pour ſoutenir que ſaint Paul permet un véritable divorce qui rompt le lien du Mariage.

500. On dit que l'indiſſolubilité non ſuſceptible d'aucune exception, eſt un caractere qui ne convient qu'au mariage qui fut contracté dans l'état d'innocence entre nos premiers parents, & à ceux qui, depuis la Loi évangélique, ſont contractés par les fideles; parce que ces mariages ſont le type & la figure de l'union de Jeſus-Chriſt avec ſon Egliſe, dont l'indiſſolubilité n'eſt ſuſceptible d'aucune exception. On prétend que, par le péché, les mariages ont ceſſé d'avoir ce caractere, juſqu'à l'inſtitution du Sacrement de Mariage, par laquelle Jeſus-Chriſt, ayant élevé à la dignité de Sacrement les mariages des fideles, les a rendu le type & la figure de ſon union avec ſon Egliſe, & leur a donné le caractere d'une indiſſolubilité non ſuſceptible d'aucune exception, qui en eſt une ſuite; mais que, n'y ayant que les mariages des fideles qui aient été élevés à cette dignité, les mariages des infideles, tels que ceux des Juifs & des Payens, n'ont pas ce caractere

d'une indiſſolubilité non ſuſceptible d'aucune exception.

C'eſt pour cela, dit-on, que S. Paul, dans le Chapitre de l'Epître aux Corinthiens, rapporté ci-deſſus, n. 498, après avoir parlé du mariage contracté par des fideles, à l'égard duquel il dit qu'il n'eſt pas permis à une femme de ſe remarier du vivant de ſon mari qu'elle a quitté, s'exprime ainſi : *Præcipio, non ego, ſed Dominus, uxorem à viro non diſcedere; quòd ſi diſceſſerit, manere innuptam;* & que lorſqu'il vient enſuite à parler du mariage contracté par des infideles, dont l'une des parties s'eſt convertie à la Foi, il dit que ſi l'autre partie qui demeure dans l'infidélité, ne veut pas demeurer avec celle qui s'eſt convertie, il eſt permis à la partie qui s'eſt convertie, de ſe ſéparer, *quod ſi infidelis diſcedit, diſcedat*; & n'ajoute pas, comme dans l'eſpece précédente, qu'elle ne doit pas ſe remarier; au contraire, il ajoute qu'elle eſt libre, *non enim ſervituti ſubjectus eſt, &c.*

Pour autoriſer cette interprétation du texte de S. Paul, on cite un canon rapporté en la ſeconde partie du Décret de Gratien, *cauſ.* 28, *quæſt.* 2, *can.* 2, où il eſt dit : *Si infidelis diſcedit odio chriſtianæ fidei, diſcedat; non eſt enim frater, aut ſoror ſubjectus ſervituti in hujuſmodi;*

non eſt enim dimiſſo peccatum propter Deum, SI ALII SE COPULAVERIT : contumelia enim creatoris ſolvit jus matrimonii circa eum qui relinqu tur : infidelis autem diſcedens, & in Deum peccat, & in matrimonium, nec eſt ei fides ſervanda conjugii, quia propterea diſcedit, ne audiret Chriſtum Deum chriſtianorum conjugiorum.

Gratien attribue le texte dont il a compoſé ce canon, à S. Grégoire, dans les Ouvrages duquel il ne ſe trouve point. On a cru qu'il étoit de ſaint Ambroiſe, parce que dans un commentaire ſur les Epîtres de ſaint Paul, qui a été pendant long-temps attribué à ſaint Ambroiſe, ce texte ſe trouve effectivement ſur le *chap.* 7 de la premiere Epître aux Corinthiens, tel qu'il eſt rapporté par Gratien ; mais les Critiques du ſeizieme ſiecle ont démontré que ce Commentaire avoit été fauſſement attribué à ſaint Ambroiſe : pluſieurs le ſoupçonnent d'être d'un nommé Hilaire, Diacre de la ſecte des Luciférіens. Voyez la préface des ſçavants Bénédictins ſur ce Commentaire, qu'ils ont placé à la ſuite des Ouvrages de ſaint Ambroiſe, parmi les Ouvrages fauſſement attribués à ce Pere.

L'interprétation qu'on a donnée au texte de ſaint Paul, eſt auſſi autoriſée par la déciſion du Pape Innocent III, qui

eſt au Chapitre *Quanto*, ext. *de Divort.* Ce Pape fait une diſtinction entre le mariage contracté par des fideles, dont l'un a depuis apoſtaſié ; & celui contracté par des infideles, dont l'un s'eſt depuis converti à la Foi chrétienne. Il dit que dans le premier cas, la partie fidele, dont l'apoſtat s'eſt ſéparé, ne peut pas, de ſon vivant, ſe remarier à un autre ; mais il décide que dans le ſecond cas, la partie convertie, qui ne peut demeurer avec celle qui demeure dans l'infidélité, peut, de ſon vivant, ſe remarier à un autre : *Si alter infidelium ad Fidem convertatur.... qui relinquitur ad ſecunda, ſi voluerit, vota tranſibit ; & in hoc caſu intelligimus quod ait Apoſtolus : Si infidelis diſcedit, diſcedat ; frater enim vel ſoror non eſt ſervituti ſubjectus in hujuſmodi, & canonem* (*) *etiam in quo dicitur contumelia Creatoris ſolvit jus matrimonii circa eum qui relinquitur.* Il donne cette différence entre l'un & l'autre cas : *Nam*, dit-il, *etſi matrimonium verum inter infideles exiſtat, non tamen eſt ratum ; inter fideles autem verum & ratum exiſtit ; quia Sacramentum Fidei quod ſemel admiſſum eſt, nunquam amittitur, ſed ratum efficit conjugii Sacramentum, ut*

(*) C'eſt le canon du Décret de Gratien que nous avons rapporté ci-deſſus, dont le Pape rapporte les propres termes.

ipſum in conjugibus illo durante perduret.

On cite, pour autoriſer ce ſentiment, un grand nombre de Théologiens & de Canoniſtes qui l'ont enſeigné, dont quelques-uns ont écrit avant Gratien, tels que Hugues de Saint-Victor, & Pierre Lombard; & les autres ont écrit depuis, tels que ſaint Thomas, 3 *p. ſuppl. quæſt.* 59, *art.* 5, ſaint Bonaventure, Nicolas de Lyra, Gerſon, &c.

Eſtius, *lib.* 4, *diſt.* 39, *art.* 7, dit que ce ſentiment eſt *conſtans Theologorum & Canoniſtarum doctrina qui in eâ re ſecuti ſunt ſacros canones, & totius Eccleſiæ praxim.*

On cite l'autorité du Pape Benoît XIV, dans ſon Ouvrage, *de Synodo diœceſianâ*, & celle de pluſieurs rituels qui ont adopté ce ſentiment; celle du Catéchiſme de Montpellier, & d'une foule d'Auteurs du premier ordre, Théologiens, Canoniſtes & Commentateurs de l'Ecriture-Sainte.

Enfin, l'uſage conſtant des Dioceſes où il y a des Juifs, & où ce cas ſe rencontre; tels que ceux de Strasbourg & de Metz.

§. II.

Raiſons pour ſoutenir qu'un Infidele converti au Chriſtianiſme, ne peut rompre le lien du Mariage qu'il a contracté dans l'infidélité; & l'Arrêt intervenu ſur cette queſtion.

501. On commence par attaquer le principe ſur lequel on fonde l'opinion rapportée au paragraphe précédent; c'eſt mal-à-propos, dit-on, que les partiſans de cette opinion avancent que le caractere d'une indiſſolubilité, ſans aucune exception, eſt un caractere qui ne convient qu'aux mariages des fideles, & que c'eſt la dignité du Sacrement, à laquelle Jeſus-Chriſt les a élevés, qui le leur donne. Ce caractere d'indiſſolubilité, ſans exception, eſt le caractere de tous les mariages, de ceux des infideles, auſſi-bien que de ceux des Chrétiens: Dieu a donné ce caractere au mariage dès ſon inſtitution; c'eſt à toute ſa poſtérité qu'Adam, inſpiré de l'eſprit de Dieu, intima la volonté de Dieu à cet égard par ces paroles: *Homo relinquet patrem ſuum & matrem ſuam, & adhærebit uxori ſuæ; & erunt duo in carne unâ.*

L'indiſſolubilité du mariage n'eſt donc

pas un caractere qui ſoit particulier aux mariages des fideles, mais c'eſt le caractere de tous les mariages : ce n'eſt pas, parce que le mariage des fideles a été élevé à la dignité de Sacrement, qu'il eſt indiſſoluble ; mais c'eſt, au contraire, parce qu'il eſt indiſſoluble, qu'il a été élevé à la dignité de Sacrement ; le caractere d'indiſſolubilité qui ſe trouve dans le mariage, étant propre à être la figure de l'indiſſolubilité de l'union que Jeſus-Chriſt a contractée avec ſon Egliſe.

En vain oppoſe-t-on contre l'indiſſolubilité du mariage, que le divorce étoit permis par la loi de Moïſe, pourvu qu'on y obſervât certaines formes qu'elle preſcrivoit. Cette objection eſt préciſément la même que les Juifs firent à Jeſus-Chriſt, lorſqu'il leur dit : *Non legiſtis quia qui fecit hominem ab initio, maſculum & fœminam fecit eos, & dixit, propter hoc dimittet homo patrem & matrem, & adhærebit uxori ſuæ, & erunt duo in carne unâ ; itaque jam non ſunt duo, ſed una caro ; quod ergo Deus conjunxit, homo non ſeparet.* Pourquoi donc, dirent les Juifs, Moïſe a-t-il permis le divorce ? *Dicunt illi, quid ergo Moyſes mandavit dare libellum repudii & dimittere ?* Jeſus-Chriſt nous a donné lui-même la réponſe à cette objection : *Ait illis ; quoniam*

Moyſes ad duritiam cordis veſtri permiſit vobis dimittere uxores veſtras ; ab initio autem non fuit ſic : ce n'eſt que la dureté de votre cœur, qui a porté Moïſe à vous permettre le divorce ; cette permiſſion eſt plutôt une tolérance d'un moindre mal, pour en éviter un plus grand, qu'une véritable permiſſion.

Jeſus-Chriſt a abrogé cette tolérance ; c'eſt pourquoi ce que ſaint Paul dit dans le texte rapporté ci-deſſus, que le conjoint converti à la Foi peut quitter celui qui eſt demeuré dans l'infidélité, lorſque celui-ci ne veut pas demeurer en paix avec lui, *ſi diſceſſerit, diſcedat* ; ne doit s'entendre que d'une ſéparation d'habitation, & non pas d'une rupture du mariage ; & ce qui eſt ajouté, *non enim ſubjectus eſt frater aut ſoror in hujuſmodi*, ſignifie qu'il n'eſt plus aſſujetti au devoir conjugal envers le conjoint qui le quitte le premier ; mais ils ne ſignifient pas qu'il ſoit dégagé du lien du mariage, & qu'il puiſſe ſe remarier à un autre.

502. Ce principe, que le caractere d'indiſſolubilité n'eſt pas particulier aux mariages des fideles, mais eſt le caractere de tous les mariages, eſt confirmé par la tradition de l'Egliſe.

Innocent I, qui occupoit le ſiege de Rome au cinquieme ſiecle, dans ſon

Epître canonique, qui ſe trouve dans le *Codex canonum vetus Eccleſiæ Romanæ*, de l'Edition de Mr. Pithou, (dans laquelle ce Pape expoſe la tradition de ſon Egliſe, qui s'y étoit conſervée depuis ſaint Pierre), dit en termes formels au cinquieme canon de ladite Epître, que la parole de Jeſus-Chriſt qui nous a dit que l'homme ne pouvoit rompre les liens que Dieu lui-même avoit formés, s'appliquoit indiſtinctement à tous les mariages, à ceux des infideles, comme à ceux des Chrétiens : *Ipſe Dominus*, dit-il, *cùm interrogaretur à Judæis ſi liceret dimittere uxorem, atque exponeret fieri non debere, addidit : quod ergo Deus junxit, homo non ſeparet ; ac ne de his copulis locutus eſſe credatur, quæ poſt Baptiſmum ſortiuntur, meminerit hoc & à Judæis interrogatum, & Judæis reſponſum.*

Dans le neuvieme ſiecle, le Concile de Tribur en Franconie, can. 39, dit : *Synodus Romana ait quod non dimittendæ ſit uxor poſt Baptiſmum, quæ habita eſt & ante Baptiſmum : in Baptiſmo ſolvuntur crimina, non tamen legitima conjugia.*

La même choſe ſe trouve dans un canon du Concile de Meaux, que Gratien rapporte immédiatement avant le faux canon qui l'a induit en erreur, comme lui étant oppoſé.

503. Les écrits des anciens Peres contiennent la même doctrine ſur l'indiſſolubilité des mariages, quoique contractés dans l'infidélité.

Tertullien, dans ſon livre *ad uxorem*, où il défend aux femmes Chrétiennes de ſe marier à des infideles, rapporte une objection qu'on lui faiſoit, tirée de ce que ſaint Paul dit que la femme fidelle peut ſanctifier le mari infidele; & il répond en diſant que ſaint Paul parle d'un mariage contracté entre deux infideles, dont l'une des parties a été depuis convertie à la foi Chrétienne. Je ne parle pas, dit Tertullien, du cas de ce mariage dans lequel le fidele converti ſe trouve DANS L'OBLIGATION DE DEMEURER, Dieu défendant le divorce hors le cas d'adultere; mais je parle du cas d'un mariage qu'il eſt au pouvoir du fidele de ne pas contracter: *Reſpondebo..... Dominum magis ratum habere matrimonium non contrahi, quàm omninò disjungi; denique divortium prohibet, niſi ſtupri cauſâ, continentiam verò commendat: HABEAT IGITUR ILLE PERSEVERANDI NECESSITATEM; hic porrò non nubendi poteſtatem.*

Saint Chryſoſtôme dit qu'un mari peut renvoyer ſa femme pour cauſe d'adultere, mais non pour cauſe d'idolâtrie.

Dieu, dit-il, a permis ; *permiſit ut is qui fornicariam uxorem habet, eam expelleret, gentilem verò uxorem ſecùs*, in cap. Iſaï. 3. Et ailleurs il dit : *Adeo veniâ indignum eſt hoc peccatum* (adulterii) *ut ſi uxor, invito conjuge etiam idolatrâ, ab illo ſeparetur, à Deo puniatur, ſi ab adultero, minimè.* Homil. 63.

S. Auguſtin, *de adulterinis conjugiis*, ſuppoſe très-clairement que le lien du mariage contracté entre des infideles, n'eſt pas rompu, lorſque la partie convertie à la foi ſe ſépare de l'autre partie demeurée dans l'infidélité. Après avoir, au livre premier, *n.* 19, comparé l'infidélité à l'adultere, & dit que de même que l'un des deux conjoints par mariage a droit de ſe ſéparer de l'autre pour cauſe d'adultere, de même le conjoint converti à la foi, avoit le droit de ſe ſéparer de l'autre pour ſon obſtination à demeurer dans l'infidélité, qui eſt une eſpece d'adultere ſpirituel : *Si propter fornicationem carnis permittitur homo à conjuge ſeparari, quanto magis in conjuge mentis fornicatio deteſtanda eſt, id eſt, infidelitas, &c.*

Enſuite il ajoute que, quoique le conjoint ait ce droit, néanmoins ſaint Paul, inſpiré par le Saint-Eſprit, lui conſeille de n'en pas uſer, & de demeurer, autant qu'il eſt poſſible, avec le conjoint

infidele ; & une des raiſons qu'il apporte au nombre 22 pour l'y engager, eſt afin de ne pas mettre par-là le conjoint infidele dans l'occaſion de commettre un adultere, en ſe mariant à une autre perſonne : *Diſceſſionem fidelis ab infideli*, dit ce Pere, *quam non prohibet Dominus præcepto legis, quia coram illo injuſta non eſt, prohibet Apoſtolus conſilio charitatis, quia infidelibus affert impedimentum ſalutis, non ſolùm quia pernitioſiſſimè ſcandaliſantur offenſi, verùm etiam quia cum in alia conjugia ceciderint, adulterinis nexibus colligati difficillimè ſolvuntur.*

Il eſt évident par ce texte de ſaint Auguſtin, que ce Pere entend le texte de ſaint Paul, d'une ſimple ſéparation d'habitation qui laiſſe ſubſiſter le lien du mariage ; car ſi le lien du mariage étoit rompu, il n'auroit pas pu dire que l'infidele, dont le conjoint fidele s'eſt ſéparé, commettroit un adultere en s'engageant dans un autre mariage : *Cum in alia conjugia ceciderint, adulterinis nexibus colligati difficillimè ſolvuntur.*

Dans le douzieme ſiecle, Théophilacte enſeigne pareillement que, lorſque le conjoint converti à la foi ſe ſépare de celui qui eſt reſté dans l'infidélité, cette ſéparation ne rompt pas le lien de leur mariage. Dans ſon Commentaire ſur l'E-

pitre de S. Paul aux Corinthiens, en expliquant ces termes : *Non enim hujuſmodi ſervituti ſubjectus eſt frater aut ſoror*, il dit : *Quæ verba ſi exactè diſcutiuntur, ſolùm ſignificant quod in hujuſmodi diſceſſibus ſeu ſeparationibus infidelis à fideli, infidelis conjugis à fideli conjuge, infidelis patris à fideli filio, infidelis filii à fideli patre, &c. nullus frater aut ſoror, hoc eſt nullus Chriſtianus aut Chriſtiana, eſt ſubjectus ſervituti hujuſmodi priori, putà quâ filius tenetur patri, aut è converſo.... quâ uxor, marito, &c. converſo ; ſed hinc non convincitur quòd ſit* SOLUTUM VINCULUM CONJUGALE, *ſicut non ſolvitur vinculum filiale aut paternum.*

504. Nonobſtant ces raiſons & ces autorités par leſquelles on établit l'indiſſolubilité du mariage contracté dans l'infidélité, on eſt obligé de convenir que l'opinion contraire eſt depuis très-long-temps l'opinion commune des Théologiens & des Canoniſtes ; mais quelque accréditée qu'elle ſoit, il n'eſt pas difficile de la réfuter. Il paroît que tous ceux qui l'ont embraſſée, y ont été entraînés par l'autorité de la Décrétale d'Innocent III, rapportée au précédent paragraphe, qui a effectivement décidé que la partie convertie au Chriſtianiſme pouvoit rompre le lien du mariage qu'elle

avoit contracté dans l'infidélité, lorſqu'elle étoit obligée de ſe ſéparer de l'autre partie qui demeuroit dans l'infidélité; mais ſi on fait voir que cette Décrétale, qui eſt l'unique fondement de leur opinion, ne peut mériter aucune conſidération, il s'enſuivra que leur opinion étant deſtituée de fondement, ne peut ſe ſoutenir. C'eſt ce qu'on va établir. C'eſt une erreur de fait, dans laquelle Innocent III eſt tombé, qui a donné lieu à ſa déciſion. On ſçait que dans le treizieme ſiecle, qui eſt le temps auquel vivoit ce Pape, les perſonnes qui étudioient le Droit canonique, conſultoient peu les ſources, & ſe contentoient de l'étudier dans des compilations de canons & de paſſages de Peres de l'Egliſe, entre leſquelles compilations celle de Gratien tenoit un rang diſtingué. On ſçait auſſi que dans ce ſiecle, le flambeau de la critique n'avoit pas encore fait diſtinguer les véritables Ouvrages des Peres, de ceux qui leur étoient fauſſement attribués. Innocent III ayant donc trouvé dans le Décret de Gratien, le canon que nous avons rapporté au paragraphe précédent, où il eſt dit que le conjoint converti au Chriſtianiſme, que l'autre conjoint abandonne en haine de la religion Chrétienne, eſt entiérement dégagé en-

vers lui, & peut ſe marier à un autre; & l'ayant peut être auſſi lu dans un Commentaire ſur les Epîtres de ſaint Paul, qui paſſoit alors, & a depuis long-temps paſſé pour être un Ouvrage de ſaint Ambroiſe, ce Pape fut perſuadé que ce paſſage, rapporté par Gratien, étoit effectivement tiré ou de ſaint Grégoire, à qui Gratien l'attribue, quoiqu'il ne ſe trouve pas dans ſes Ouvrages, ou de ſaint Ambroiſe, parce qu'il ſe trouve effectivement tel que Gratien le rapporte dans un Commentaire ſur les Epîtres de ſaint Paul, qui paſſoit alors pour être un Ouvrage de ſaint Ambroiſe; c'eſt pourquoi il n'héſita pas à y conformer ſa déciſion. On reconnoît par la lecture de ſa Décrétale, que c'eſt ſur ce canon du Décret de Gratien, qu'il appuie ſa déciſion; il le cite, & il en rapporte les paroles: *Et in hoc intelligimus quod ait Apoſtolus.... & canonem etiam in quo dicitur: contumelia Creatoris ſolvit jus matrimonii circa eum qui relinquitur.*

Or il eſt certain aujourd'hui que ce canon de Gratien, auquel Innocent III a cru devoir conformer ſa déciſion, ne mérite aucune conſidération, & qu'il n'eſt tiré d'aucun Pere de l'Egliſe, comme nous l'avons obſervé *ſuprà*, *n.* 500.

Il ſuit de-là que c'eſt l'erreur de fait

dans laquelle étoit Innocent III au ſujet du canon de Gratien, qu'il croyoit fauſſement avoir été puiſé dans quelque Pere de l'Egliſe, qui a donné lieu à la déciſion contenue dans ſa Décrétale, & qu'en conſéquence cette déciſion ne peut être d'aucune conſidération ; elle en mérite d'autant moins, que la diſtinction que ce Pape fait pour appuyer ſa déciſion entre le mariage des infideles, qu'il dit être *verum non tamen ratum*, & celui des Chrétiens, qu'il dit être *verum & ratum*, eſt une nouveauté contraire à ce qu'ont enſeigné les Conciles & les Peres des premiers ſiecles, comme cela paroît par ce que nous avons rapporté de l'Epître canonique du Pape Innocent I, où il eſt dit en termes formels, que le caractere d'indiſſolubilité ne convient pas moins au mariage des infideles qu'à celui des fideles ; cela paroît pareillement par les autres autorités que nous avons rapportées au commencement de ce paragraphe.

Enfin, quoique la multitude des Théologiens & des Canoniſtes ſe ſoit laiſſée entraîner par l'autorité de la Décrétale d'Innocent III, il y en a néanmoins quelques-uns d'un très-grand nom qui ne s'y ſont pas laiſſés entraîner. De ce nombre ſont le Cardinal Cajetan, & Dominique

Soto, qui ſoutint dans le Concile de Trente, par l'autorité des Peres, le ſentiment contraire à la Décrétale. Le Concile ne jugea pas à propos de rien décider ſur la queſtion.

505. L'Arrêt qui eſt intervenu ſur cette queſtion, eſt du 2 Janvier 1758 ; il déclare qu'il n'y a abus dans la Sentence de l'Official de Soiſſons, & il fait défenſes à Levi de paſſer à aucun mariage pendant la vie de Mendel-Cerf ſa femme.

CHAPITRE III.

De la Séparation d'habitation.

506. LA séparation d'habitation eſt la décharge qui, pour de juſtes cauſes, eſt accordée par le Juge à l'un des conjoints par mariage, de l'obligation d'habiter avec l'autre conjoint, & de lui rendre le devoir conjugal, ſans rompre néanmoins le lien de leur mariage.

Cette ſéparation intervient le plus ordinairement ſur la demande de la femme; elle intervient néanmoins quelquefois ſur la demande du mari, comme dans le cas d'accuſation d'adultere.

ARTICLE PREMIER.

De la Séparation d'habitation qui intervient ſur la demande de la femme.

Nous verrons, 1°. quelles ſont les cauſes pour leſquelles une femme peut obtenir la ſéparation d'habitation: 2°. comment s'obtient cette ſéparation: 3°. nous traiterons de l'exécution & des effets de la ſéparation d'habitation qu'une femme a obtenue.

§. I.

Quelles ſont les cauſes pour leſquelles une femme peut demander la Séparation d'habitation.

507. L'union du mari & de la femme, qui eſt formée par Dieu même, & le pouvoir que chacun des conjoints donne ſur ſon corps par le mariage à l'autre conjoint, ne permettent pas à une femme de demander la ſéparation d'habitation que pour de très-grandes cauſes. Elle eſt obligée, dans le for de la conſcience, à s'attirer par ſa douceur & par ſes complaiſances, les bonnes graces de ſon mari ; & ſi, en faiſant tout ce qui eſt en ſon pouvoir, elle ne peut y réuſſir, elle ne doit oppoſer que la patience aux mauvaiſes manieres de ſon mari, & même à ſes mauvais traitements : elle doit regarder cela comme arrivant par l'ordre de Dieu, & comme une croix qu'il lui envoie pour expier ſes péchés ; cela ne doit pas l'empêcher d'aller, dans toutes les occaſions, au devant de tout ce qui peut faire plaiſir à ſon mari, & elle ne doit pas le quitter, à moins que les choſes ne ſoient portées aux plus grandes extrémités.

508. A l'égard du for extérieur, les Juges ne doivent pas trop facilement permettre à une femme, de ſe ſéparer d'habitation de ſon mari, à qui Dieu l'a unie; mais lorſqu'il y a de juſtes cauſes, ils doivent le lui permettre. Car, ſelon les regles de l'ordre politique, on doit, non pas faire, mais permettre un moindre mal pour en éviter un plus grand: or il n'eſt pas douteux que la diſcorde & les querelles qui arrivent tous les jours entre le mari & la femme, ſi on les laiſſe enſemble, ſont un bien plus grand mal que leur ſéparation; on doit donc, pour l'éviter, permettre à la femme de ſe ſéparer d'habitation de ſon mari, lorſqu'il y a pour cela de juſtes cauſes.

Quelles ſont ces juſtes cauſes? c'eſt ce qui n'eſt pas facile à déterminer: on peut bien dire, en général, qu'on doit ſéparer d'habitation une femme, lorſqu'elle a conſidérablement à ſouffrir de l'averſion que ſon mari a conçue pour elle, & qu'il n'y a pas lieu de s'attendre à une réconciliation ſincere; mais il n'eſt pas facile de déterminer le degré de ce qu'elle doit avoir à ſouffrir pour qu'il y ait lieu à la ſéparation, ni d'appliquer ce principe aux différentes circonſtances dans leſquelles ſe donnent les demandes en ſéparation.

C'eſt pourquoi on doit laiſſer entiérement à l'arbitrage & à la prudence du Juge, les cauſes de ſéparation. Il ne doit être ni trop facile à l'accorder pour des diſſenſions paſſageres, ni trop difficile, lorſqu'il apperçoit dans les parties une antipathie & une haine invétérée, que la cohabitation ne pourroit qu'augmenter, ſi on les laiſſoit enſemble.

509. Les mauvais traitements que le mari exerce envers ſa femme, lorſqu'ils ont été juſqu'à la frapper ou à la pourſuivre pour la frapper, ſont une des cauſes les plus ordinaires de ſéparation.

Le Pape Innocent III regarde cette cauſe comme une juſte cauſe de ſéparation d'habitation, lorſqu'il dit au *chap.* 13, *ext. de Reſt. Spol.* vers la fin : *Si tanta ſit viri ſævitia, ut mulieri trepidanti non poſſit ſufficiens ſecuritas provideri, non ſolùm non debet ei reſtitui, ſed ab eo potiùs, amoveri.*

Le Juge, par rapport à cette cauſe de ſéparation, doit avoir égard à pluſieurs circonſtances ; 1°. il doit avoir égard à la qualité des parties : un ſouflet ou un coup de poing qu'un homme aura donné à ſa femme, qui pourroit être une cauſe de ſéparation entre des perſonnes de condition honnête, n'en ſera pas une

entre des gens du bas peuple, à moins qu'ils n'aient été ſouvent réitérés ; 2°. il doit entrer en conſidération, ſi c'eſt à propos de rien ou pour des ſujets légers que le mari s'eſt porté à ces excès, ou ſi ce n'eſt qu'après que ſa femme avoit, par des diſcours outrageants, pouſſé ſa patience à bout ; 3°. enfin, ſi c'eſt dans une occaſion unique que l'homme s'eſt porté à ces excès, avant laquelle les parties avoient toujours vécu en bonne union : le Juge, ſelon les différentes circonſtances, doit être plus ou moins facile à accorder la ſéparation.

510. Les mauvais traitements d'un homme envers ſa femme, quoiqu'ils n'aient pas été juſqu'à la frapper, ni même juſqu'à tenter de la frapper, peuvent néanmoins être aſſez conſidérables, pour être une juſte cauſe de ſéparation. L'eſpece ſe préſenta il y a environ une vingtaine d'années, dans une cauſe ſur une demande en ſéparation d'habitation que la femme d'un Tréſorier de France avoit donnée contre ſon mari. Le mari n'avoit jamais frappé ſa femme, ni tenté de la frapper ; mais dès la premiere année de leur mariage, & pendant toutes celles qui avoient ſuivi, il n'avoit ceſſé de lui témoigner le plus grand mépris dans toutes les occaſions devant les perſonnes qui fréquentoient

la maiſon, devant les domeſtiques, & même devant leurs enfants communs, que le pere excitoit à ſe moquer de leur mere. La preuve de ces faits ayant été faite par l'enquête de la femme, intervint Sentence du Bailliage d'Orléans, qui la ſépara d'habitation ; & cette Sentence a été depuis confirmée par Arrêt contradictoire. Un tel mépris, inſpiré aux enfants communs, eſt infiniment plus ſenſible à une femme d'une condition honnête, que ne le ſeroient des coups que ſon mari lui auroit portés dans quelque emportement.

511. On peut auſſi mettre au nombre des juſtes cauſes de ſéparation, le refus que feroit un mari, par dureté envers ſa femme, de lui fournir, dans un état d'infirmité, les choſes les plus néceſſaires à la vie, quoiqu'il eût le moyen de les lui fournir.

Obſervez que lorſque la ſéparation eſt demandée pour cette cauſe, le Juge ne doit pas la prononcer d'abord ; mais qu'il doit, par une premiere Sentence, condamner le mari à fournir à ſa femme les choſes qu'elle demande, qu'il jugera lui être néceſſaires ; ce n'eſt que faute par le mari d'exécuter cette premiere Sentence, qu'il prononce la ſéparation.

512. L'accuſation d'un crime capital,

intentée calomnieuſement par un mari contre ſa femme, eſt une juſte cauſe de ſéparation d'habitation. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt de 1716, rapporté ou cité par tous les Auteurs.

La même choſe avoit déja été jugée par Arrêt du 16 Juillet 1695, ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau, dans la cauſe du ſieur Delaſtre, contre Marie Courtin ſa femme. Dans l'eſpece de cet Arrêt, Delaſtre avoit formé contre ſa femme l'accuſation de ſuppoſition de part (*crimen ſuppoſiti partûs*) : la femme, de ſon côté, outrée de cette calomnie, avoit donné contre ſon mari une demande en ſéparation d'habitation. L'Arrêt qui intervint jugea l'accuſation calomnieuſe, & ſépara la femme d'habitation : la Cour ne jugea pas néceſſaire la preuve de pluſieurs faits que la femme alléguoit pour fonder ſa demande en ſéparation ; l'accuſation calomnieuſe, formée contre elle par ſon mari, parut ſeule être une cauſe plus que ſuffiſante pour la fonder : en effet, cette injure doit être plus ſenſible à une femme, que ne le ſeroient les ſévices les plus cruelles que ſon mari auroit exercées contre elle ; & d'ailleurs une femme a tout à craindre, en demeurant avec un homme qui s'eſt porté envers elle à de pareilles extrémités.

« Pourra-t-on, disoit M. d'Agueſſeau, » refuſer à une femme accuſée fauſſement d'un crime capital, la juſte ſatisfaction de ſe ſéparer pour toujours d'un » mari qui a voulu la déshonorer par » une calomnie atroce ? L'obligera-t-on à » ſoutenir, pendant toute ſa vie, la » préſence de ſon accuſateur ; & les expoſera-t-on l'un & l'autre à toutes les » ſuites funeſtes d'une ſociété malheureuſe, qui feroit le ſupplice de l'innocent encore plus que du coupable ? » Voyez le Plaidoyer de M. d'Agueſſeau, qui eſt le trente-quatrieme, au troiſieme tome de ſes Œuvres.

513. Le Chapitre *Quæſivit, ext. de Divort.* rapporte une autre cauſe de ſéparation d'habitation, qui eſt le cas auquel le mari auroit fait profeſſion ouverte d'héréſie, à cauſe du danger que la femme court que ſon mari ne la pervertiſſe. Cette Décretale ne peut recevoir aujourd'hui d'application en France, où il n'y a plus qu'une religion.

514. Ni l'épilepſie, quelque violents qu'en ſoient les accès, ni aucune autre maladie du mari, quoique contagieuſe, ne peut être pour la femme une cauſe de ſéparation d'habitation : elle eſt obligée de demeurer avec ſon mari dans cet état ; de même que ſi pareille maladie

étoit arrivée à la femme, ſon mari ne pourroit pas pour cela la renvoyer.

Il en eſt de même d'une difformité, quelque grande qu'elle ſoit, qui ſeroit ſurvenue à l'un des conjoints, telle que celle que cauſe un cancer au viſage qui eſt ouvert. On peut appliquer ici ce que dit Ulpien, quoique dans un cas différent : *Quid enim tam humanum eſt, quàm fortuitis caſibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem eſſe.* L. 22, §. 7, ff. *Solut. Matrim.*

Ces principes ſont conformes à la déciſion du Pape Alexandre III, par rapport à la maladie de la lépre, qui étoit commune de ſon temps : *Quoniam*, dit ce Pape, *vir & uxor una caro ſint, & non debeat alter ſine altera eſſe diutiùs, mandamus ut uxores viros & viri uxores qui lepræ morbum incurrunt, ſequantur, &c.* Cap. 1, ext. *de Conjug. leproſ.*

Le mal vénérien, quoiqu'il y ait de forts ſoupçons que le mari ſe l'eſt attiré par ſes débauches, peut encore moins ſervir de fondement à une demande en ſéparation, ce mal n'étant plus aujourd'hui un mal incurable, mais un mal que preſque tous les Chirurgiens ſçavent guérir.

515. La perte que le mari a faite de ſa raiſon, quoiqu'il ſoit dans le cas d'être enfermé, n'eſt pas une cauſe de demande

en ſéparation d'habitation ; la femme peut ſeulement en ce cas pourſuivre l'interdiction de ſon mari. Cette interdiction eſt ordonnée par le Juge, ſur un avis de famille. On nomme à cet interdit un curateur, & c'eſt ordinairement à la femme qu'on défere cette curatelle : le Juge ordonne même, s'il en eſt de beſoin, qu'il ſera enfermé ; mais cela n'opere aucune ſéparation ; la communauté continue, & cet interdit continue d'en être le maître.

516. Les adulteres commis par le mari, ne peuvent ſervir à une femme de fondement pour une demande en ſéparation d'habitation : les femmes ne ſont pas admiſes dans les Tribunaux à la preuve de ces faits ; au lieu qu'au contraire l'homme eſt reçu à former contre ſa femme l'accuſation d'adultere, comme nous le verrons en l'article ſuivant.

C'eſt ce dont ſe plaint, dans Juvenal, une certaine *Laronia* :

Dat veniam corvis (dit-elle), *vexat cenſura columbas.* Sat. 2.

La raiſon de différence eſt évidente ; l'adultere que commet la femme eſt infiniment plus contraire au bon ordre de la ſociété civile, puiſqu'il tend à dépouiller les familles, & à en faire paſſer

les biens à des enfants adultérins qui y ſont étrangers ; au lieu que l'adultere commis par le mari, quoique très-criminel en ſoi, eſt, à cet égard, ſans conſéquence. Ajoutez qu'il n'appartient pas à la femme, qui eſt une inférieure, d'avoir inſpection ſur la conduite de ſon mari, qui eſt ſon ſupérieur. Elle doit préſumer qu'il lui eſt fidele, & la jalouſie ne doit pas la porter à faire des recherches de ſa conduite.

§ II.

Comment s'obtient la Séparation d'habitation.

517. La femme ne peut obtenir la ſéparation d'habitation que par une ſentence du Juge, rendue en grande connoiſſance de cauſe. Un acte reçu par des Notaires, par lequel une femme expoſeroit tous les faits pour leſquels elle demande la ſéparation, & par lequel le mari, de ſon côté, reconnoîtroit la vérité de ces faits, & conſentiroit par conſéquent à la ſéparation, ſeroit un acte abſolument nul, qui ne produiroit aucun effet. L'engagement du mariage étant formé par Dieu lui-même, non-ſeulement il eſt indiſſoluble, mais il ne

doit pas même être permis aux parties qui l'ont contracté, de donner la moindre atteinte aux effets qu'il doit produire, ſans de grandes cauſes, dont le mérite doit être examiné & reconnu par le Juge.

518. La femme qui veut obtenir la ſéparation d'habitation, doit donc ſe pourvoir devant le Juge, à qui elle doit donner une Requête, dans laquelle elle expoſe les faits ſur leſquels elle ſe fonde pour l'obtenir; demander permiſſion d'aſſigner ſon mari à cette fin, & cependant demander à être autoriſée pendant le cours du procès, à ſe retirer dans une Communauté, ou un autre lieu décent qui lui ſera indiqué par ſon mari, ſinon par le Juge.

Le Juge devant qui la femme doit ſe pourvoir, eſt le Juge ſéculier du lieu du domicile de ſon mari. Le Juge eccléſiaſtique eſt incompétent; il n'a droit de connoître que des cauſes dans leſquelles il s'agit *de fœdere matrimonii*, dont il ne s'agit pas dans une demande en ſéparation d'habitation, cette ſéparation laiſſant ſubſiſter le lien du mariage; d'ailleurs la demande en ſéparation d'habitation renferme auſſi celle en ſéparation de biens; or toutes les matieres qui concernent les biens, ſont matieres profanes, dont les Juges d'Egliſe ne peuvent connoître ſans abus.

Le mari, assigné aux fins de la Requête de sa femme, doit lui faire remettre, dans le lieu où elle s'est retirée, ses habits & linges dont elle a besoin pour son usage, & il doit lui payer sa pension pendant le cours du procès; en cas de refus, le Juge doit l'y condamner.

519. La cause étant portée à l'Audience, si les faits exposés par la femme ne sont pas trouvés suffisants pour donner lieu à une séparation d'habitation, on donne congé de la demande; s'ils sont trouvés suffisants, on rend un appointement, par lequel on permet à la femme de faire la preuve par témoins des faits par elle exposés, sauf au mari à faire la preuve contraire.

Dans les affaires ordinaires, lorsque le défendeur convient des faits que le demandeur a allégués pour le fondement de sa demande, les faits sont tenus pour avérés, sans qu'il soit besoin en ce cas que la preuve en soit ordonnée par le Juge, qui n'a plus d'autre examen à faire, que de voir si les faits, en les regardant comme constants & avérés, sont suffisants pour fonder la demande. Il en est autrement à l'égard de la demande en séparation; cette séparation ne pouvant se faire que pour de grandes causes, & n'étant pas permis aux par-

ties de ſe ſéparer par un mutuel conſentement ; la colluſion qui eſt à craindre entre la femme & ſon mari, qui convient des faits par elle allégués, doit empêcher le Juge de tenir les faits pour avérés, & il doit en ordonner la preuve, quoique le mari en ſoit convenu.

520. Lorſqu'il a éclaté un commencement de rupture entre un mari & une femme, qui a été ſuivi d'une réconciliation, les faits de mauvais traitements qui ont précédé ce commencement de rupture, ſont couverts par la réconciliation, qui rend la femme non-recevable à s'en plaindre ; c'eſt pourquoi la femme ne doit pas, par la ſuite, être écoutée dans une demande en ſéparation, ſi ce n'eſt pour des faits nouveaux qui ſe ſoient paſſés depuis la réconciliation.

A plus forte raiſon, lorſque la femme a donné une premiere demande en ſéparation d'habitation, dont ſon mari a obtenu le congé, elle ne peut être recevable à en donner une nouvelle, ſi ce n'eſt pour de nouveaux faits qui ſe ſoient paſſés depuis la Sentence ; autrement le mari peut lui oppoſer l'exception *rei judicatæ*.

521. Lorſque la femme a été reçue à la preuve des faits par elle allégués, pour fonder ſa demande en ſéparation, &

qu'elle a fait en conſéquence ſon enquête, le Juge, ſur cette enquête, & ſur celle du mari, s'il en a fait auſſi une, rend ſon jugement ; & s'il trouve les faits ſuffiſamment juſtifiés, il prononce par ce jugement la ſéparation d'habitation demandée par la femme ; ſi, au contraire, les faits ne ſont pas juſtifiés, il donne congé de la demande de la femme, & la condamne à retourner avec ſon mari ; quelquefois il lui accorde un court délai, comme de ſix mois, pour y retourner, afin que le reſſentiment que le mari peut avoir de la demande donnée contre lui par ſa femme, puiſſe ſe calmer pendant ce délai, pendant lequel la femme doit reſter en Couvent. Nous trouvons ce tempérament adopté par un Arrêt du 4 Mai 1695, rapporté au cinquieme tome du Journal des Audiences.

§. III.

Des effets de la Séparation d'habitation.

522. Lorſque la ſéparation d'habitation a été prononcée par un jugement dont il n'y a pas d'appel, ou lorſque ſur l'appel le jugement de ſéparation a été confirmé, l'effet de cette ſéparation eſt que la femme eſt par-là déchargée de l'o-

bligation qu'elle avoit contractée par le mariage, de demeurer avec ſon mari, & de lui rendre le devoir conjugal ; elle a le droit, en conſéquence, de s'établir où elle voudra un autre domicile que celui de ſon mari.

La ſéparation d'habitation emporte avec elle celle des biens ; elle fait perdre au mari le droit qu'il avoit ſur les biens de ſa femme, qui peut en conſéquence le pourſuivre pour la reſtitution de ſa dot.

Lorſqu'il y avoit communauté de biens, la ſéparation d'habitation en opere la diſſolution : la femme peut en conſéquence pourſuivre ſon mari pour faire un inventaire des biens de la communauté ; elle a le choix de l'accepter ou d'y renoncer ; & en cas d'acceptation, elle a le droit d'en pourſuivre le partage.

523. Au reſte, la ſéparation d'habitation, comme nous l'avons déja dit, ne rompt pas le lien du mariage ; elle donne ſeulement atteinte aux effets qu'il produit : le mari conſerve même encore après la ſéparation d'habitation, quelque reſte de la puiſſance maritale, la femme ſéparée ayant beſoin, pour les actes qui tendroient à l'aliénation de ſes immeubles, de l'autoriſation de ſon mari, ou, ſur ſon refus, de celle du Juge, qui en eſt repréſentative ; la ſéparation ne diſpenſant

ſant la femme de l'autoriſation, que pour les actes qui ne concernent que la ſimple adminiſtration de ſes biens.

524. Tous les effets de la ſéparation ceſſent, lorſque la femme ſéparée d'habitation, eſt volontairement retournée avec ſon mari; le mari rentre dans tous ſes droits ſur la perſonne & les biens de ſa femme; la communauté de biens, qui étoit entre les conjoints, eſt rétablie de plein droit; tout ce qui a été acquis de part & d'autre, pendant que la ſéparation a duré, y entre comme ſi elle n'avoit jamais été diſſoute, & la ſéparation d'habitation, quelqu'exécution qu'elle ait eue, & quelque long-temps qu'elle ait duré, eſt regardée comme non-avenue; ſauf que les actes faits par la femme pendant que la ſéparation a duré, ſubſiſtent lorſque ce ſont des actes que la ſéparation lui donnoit droit de faire, tels que ſont des baux de ſes biens, *&c.*

ARTICLE II.

De la Séparation d'habitation qui intervient ſur la demande du mari.

525. Le cas auquel il intervient une ſéparation d'habitation ſur la demande du mari, eſt lorſque ſur la plainte du

mari, la femme eſt déclarée atteinte & convaincue du crime d'adultere.

526. Selon notre Droit François, le mari ſeul eſt reçu à intenter l'accuſation de ce crime contre ſa femme.

Lorſque le mari eſt mort ſans l'avoir intentée, ſes héritiers ne ſont pas recevables à oppoſer ce crime à la veuve, & à demander à en faire la preuve pour ſe défendre de lui payer ſon douaire.

Si le mari avoit intenté l'accuſation, & qu'il fût mort pendant le cours de l'accuſation, ſans s'en être déſiſté; il n'eſt pas douteux que ſes héritiers ſeroient reçus en ce cas, à reprendre l'inſtance; cela eſt conforme à cette regle de Droit: *omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, ſemel incluſæ judicio, ſalvæ permanent.* L. 139, ff. de Reg. jur.

Mais lorſque le mari s'eſt déſiſté de ſon vivant, ou lorſqu'il a déclaré qu'il pardonnoit à ſa femme, ſes héritiers ne ſont pas recevables à reprendre les pourſuites. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 10 Juin 1650, rapporté par Soefve, *tom.* 1, *cent.* 3, *chap.* 43. Dans l'eſpece de cet Arrêt, le mari, après avoir obtenu Sentence qui déclaroit ſa femme convaincue d'adultere, pendant les pourſuites ſur l'appel de la Sentence, interjetté par la femme, avoit fait ſon teſtament, par lequel

il déclaroit qu'il pardonnoit à ſa femme la faute qu'elle avoit commiſe envers lui, en proteſtant néanmoins, que l'enfant dont elle étoit enceinte, n'étoit pas de lui : cet homme étant mort, ſon frere demanda à reprendre l'inſtance, & ſe porta héritier ſous bénéfice d'inventaire de ſon frere : il fut déclaré par cet Arrêt non-recevable, & le même Arrêt infirma la Sentence qui avoit entériné les lettres par leſquelles il s'étoit porté héritier au préjudice de l'enfant dont la veuve étoit accouchée.

Lorſque le mari ne ſe plaint pas, le miniſtere public n'eſt pas même reçu à intenter cette accuſation, ni pendant le mariage, ni après la diſſolution du mariage.

Néanmoins lorſqu'il y a ſcandale & proſtitution publique, ſur-tout lorſque le mari eſt complice de la proſtitution de ſa femme, le miniſtere public peut donner la plainte.

Lorſque le mari a intenté l'accuſation d'adultere contre ſa femme & contre l'adultere de ſa femme, cette accuſation, ſur l'intervention du miniſtere public, s'inſtruit à l'extraordinaire, par récolement & confrontation.

527. La peine qui eſt en uſage dans notre Droit contre la femme convaincue d'adultere, & que nous avons tirée

de la Novelle de Juſtinien, eſt la réclu-ſion dans un Monaſtere, où ſon mari peut la voir & viſiter, & au bout de deux ans l'en faire ſortir pour la reprendre & la recevoir chez lui ; ſinon, ledit temps paſſé, faute par ſon mari de la reprendre, elle doit être raſée & reſter dans ledit Couvent le reſte de ſes jours : on la déclare, en outre, déchue de ſes dot, douaire & conventions matrimoniales.

C'eſt la juriſprudence des Arrêts rendus ſur cette matiere, qui a été ſuivie récemment par un Arrêt du 3 Juin 1766, rendu contre la nommée Marie-Catherine Broquin, femme du nommé Jacques Cagé : par ledit Arrêt, le nommé Lozier, qui étoit l'adultere de ladite femme, a été condamné à un banniſſement de trois ans.

Obſervez que la peine de la réclu-ſion à perpétuité, prononcée contre une femme convaincue d'adultere, n'empêche pas qu'après la mort de ſon mari, ſur la plainte duquel elle a été condamnée, elle ne puiſſe ſortir du lieu de ſa réclu-ſion, lorſqu'elle trouve à ſe marier à un autre homme : elle doit donner pour cela ſa requête au Juge. C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 21 Juin 1684, rapporté *au* 4e *tome du Journal des Audiences*, ſur les concluſions de M. Talon,

qui dit que cette peine de réclusion, à laquelle une femme adultere étoit condamnée, n'emportoit pas mort civile, & ne la rendoit pas incapable de mariage; en quoi notre Juriſprudence eſt différente des Loix Romaines, qui déclaroient incapables de mariage, les femmes qui avoient été condamnées pour crime d'adultere.

Ceux qui ſeront curieux de ſçavoir quelles ont été chez les Romains, dans les différents temps, les peines contre les femmes adulteres, & leurs adulteres, peuvent voir ce que nous en avons dit au titre *ad Leg. Jul. de Adult.* en notre Ouvrage, *Pandectæ Juſtinianeæ*, où nous avons traité au long cette matiere.

SEPTIEME PARTIE.

Des ſeconds mariages ; & de l'Édit des ſecondes Noces.

CHAPITRE PREMIER.

Des ſeconds Mariages.

528. IL eſt permis, ſoit à un homme, ſoit à une femme, de contracter pluſieurs mariages, pourvu qu'ils ne les contractent que ſucceſſivement, & après la diſſolution des précédents. C'eſt ce qu'enſeigne clairement ſaint Paul : *Mulier alligata eſt legi, quanto tempore vir ejus vivit, quod ſe dormierit vir ejus, liberata eſt, cui vult nubat, tantum in Domino.* 1. ad Corinth. cap. 7.

Il y a eu néanmoins des hérétiques qui ſe donnoient le nom de *Cathares*, ou de *Purs*, qui, nonobſtant ce texte formel de ſaint Paul, condamnoient les ſeconds mariages. Le Concile de Nicée, *can.* 8, défend de les admettre à rentrer dans l'Egliſe, s'ils n'abjurent par écrit cette erreur.

529. L'Egliſe permet non-ſeulement de contracter un ſecond mariage, mais autant qu'on jugera à propos d'en contracter, ſans en fixer le nombre, pourvu qu'on ne les contracte que ſucceſſivement, & après la diſſolution des précédents. C'eſt ce qu'enſeigne ſaint Auguſtin : *Apoſtolus dicens, ſi dormierit vir ejus, non dicit primus, vel ſecundus, vel quotus; nec nobis definiendum eſt quod non definit Apoſtolus, unde nec ullas debes damnare nuptias, nec eis verecundiam numeroſitatis inferre.* Aug. de bon. vid. cap. 11, cauſ. 31, quæſt. 2, can. 13.

On doit donc regarder comme un ſentiment outré, celui de ſaint Baſile, qui, dans ſa lettre canonique à Amphiloque, *can.* 50, dit que les troiſieme & ultérieurs mariages, ſont plutôt tolérés que permis ; qu'ils ſont tolérés comme un moindre mal, pour en éviter un plus grand; ſçavoir, le péché de fornication, auquel ſeroient, ſans cela, expoſées les perſonnes qui ont de la peine à garder la continence : *Trigamiæ lex non eſt, quare lege tertium matrimonium non approbatur, verumtamen ea, ut Eccleſiæ inquinamenta, videmus, ſed publicis condemnationibus non ſubjicimus, ut quæ, ſolutâ ac profuſâ fornicatione, ſunt magis expetenda.*

530. Chez les Romains, une veuve pouvoit bien, à la vérité, paſſer à un ſecond mariage après la mort de ſon mari, mais elle devoit attendre, pour cela, qu'il ſe fût écoulé un an depuis la mort de ſon mari; & ſi elle ſe remarioit plutôt, elle encouroit de plein droit la peine de l'infamie. La principale raiſon de cette défenſe, étoit *propter turbationem ſanguinis.* L. 11. §. 1. ff. *de his qui not. infam.* à cauſe de l'inconvénient qui pouvoit arriver, qu'il fût incertain ſi l'enfant qui naîtroit de cette femme, étoit l'enfant de ſon premier mari défunt, ou du ſecond.

Nous n'avons point ſuivi en France, ſur ce point le Droit civil, & nous avons préféré, à cet égard, la diſpoſition du Droit canonique, qui permet aux veuves de ſe remarier, ſans attendre ce temps, auſſitôt qu'elles le jugeront à propos, *cap.* 4 & 5, *ext. de ſec. nupt.*

Obſervez qu'en adoptant dans notre Droit la diſpoſition de ces décrétales, nous ſommes bien éloignés d'approuver la raiſon ſur laquelle les Papes, Auteurs de ces décrétales, fondent leur déciſion, qui eſt, que ſaint Paul ayant permis aux femmes de ſe remarier après la mort de leur mari, les loix ſéculieres ne doivent pas reſtreindre une permiſ-

ſion que ſaint Paul leur a donnée ; c'eſt un fort mauvais raiſonnement : ſaint Paul en permettant aux veuves de ſe remarier après la mort de leur mari, n'entend le leur permettre qu'en ſe conformant, à cet égard, aux loix de la puiſſance ſéculiere ; ce grand Apôtre qui recommande ſi clairement l'obéiſſance aux loix des Princes, lorſqu'il dit ; *Omnis anima ſublimioribus poteſtatibus ſubdita ſit*, étoit bien éloigné, en permettant aux veuves de ſe remarier, de le leur permettre autrement que conformément à la Loi Romaine, à laquelle elles étoient ſujettes. Ce ne ſont donc point les mauvaiſes raiſons, employées par ces Papes dans ces décrétales, qui nous en ont fait admettre la diſpoſition ; mais c'eſt parce que nous avons trouvé qu'il étoit aſſez inutile d'obliger une femme à attendre une année pour ſe remarier, & qu'au contraire il y avoit très-ſouvent des cas auxquels une veuve ne pouvoit attendre un auſſi long remps, ſans ſe cauſer un grand préjudice ; comme lorſqu'une veuve ſe trouve, à la mort de ſon mari, chargée d'un gros labour, ou d'un gros commerce qu'elle ne peut ſoutenir ſans le ſecours d'un ſecond mari.

Mais, dans les Etats où la loi civile ne permet aux femmes de paſſer à un

autre mariage qu'après un certain temps, comme dans les Etats du Roi de Pruſſe, où par le Code Frédéric, il eſt défendu aux veuves de ſe remarier avant un temps de neuf mois écoulé, ſi ce n'eſt avec une diſpenſe du Roi : une veuve Catholique dans ces Etats, qui ſe remarieroit avant ce temps, ſe rendroit coupable, non-ſeulement dans le for extérieur, mais dans celui de la conſcience, & devant Dieu, nonobſtant les décrétales ci-deſſus citées.

531. Il nous reſte à obſerver à l'égard des ſecond & ultérieurs mariages, que quoique l'Egliſe les ait toujours permis, elle les a néanmoins regardés comme défavorables & ſuſpects du motif d'incontinence ; c'eſt pourquoi on ſoumettoit autrefois à la pénitence les perſonnes qui les contractoient, *Conc. Neocesar.* can. 3 : *non quod peccent*, dit Baron, *ad ann.* 314, *n.* 91, *ſed quod ſuam incontinentiam manifeſtent.*

C'eſt pour cette raiſon, que ſelon pluſieurs rituels, on ne prononce pas ſur les ſeconds mariages la bénédiction qu'on prononce ſur les premiers.

CHAPITRE II.

De l'Edit des ſecondes Noces.

532. LE Roi François II. a fait un Edit, qui eſt du mois de Juillet 1560, & qu'on appelle vulgairement l'Edit des ſecondes Noces. Cet Edit eſt l'ouvrage du Chancelier de l'Hopital ; ſon objet eſt de reſtreindre en faveur des enfants que des femmes ont d'un précédent mariage, les libéralités exceſſives qu'elles feroient aux hommes qu'elles épouſent en ſecond & ultérieurs mariages. Voici comme s'en explique l'Edit dans le préambule : « Comme les femmes veuves, ayant enfants, ſont ſouvent invitées & ſollicitées à nouvelles noces, & ne connoiſſant pas être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs perſonnes, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, ſous prétexte & faveur du mariage ; leur font des donations immenſes, mettant en oubli le devoir de nature envers leurs enfants, de l'amour deſquels tant s'en faut qu'elles ſe duſſent éloigner par la mort du pere, que les voyant deſtitués du ſecours &

» aides de leur pere, elles devroient » par tous moyens s'exercer à leur faire » double office de pere & de mere; » deſquelles donations, outre les que- » relles & diviſions entre les mari & » enfants, s'enſuit la diminution des bon- » nes familles, & conſéquemment di- » minution de la force de l'état public, » à quoi les Empereurs ont voulu pour- » voir par pluſieurs bonnes loix & conſ- » titutions, ſur ce par eux faites; & » Nous, entendant l'infirmité du ſexe, » avons loué, & approuvé icelles loix, » & en ce faiſant, avons dit, ſtatué; » *&c.* ».

Cet Edit contient deux chefs ou diſpoſitions: nous traiterons du premier chef dans une premiere ſection; du ſecond, dans une ſeconde: nous traiterons dans une troiſieme, d'une extenſion que la Coutume de Paris, & quelques autres ont faite à l'Edit.

SECTION PREMIERE.

Du premier Chef de l'Edit des ſecondes Noces.

533. Le premier chef de l'Edit eſt conçu en ces termes: « Ordonnons que » les femmes veuves, ayant enfant ou

» enfants, ou enfants de leurs enfants, » ſi elles paſſent à nouvelles noces, ne » pourront, en quelque façon que ce » ſoit, donner de leurs biens, meubles, » acquêts, ou acquis par elles, d'ailleurs » que de leur premier mari, ni moins » leurs propres, à leurs nouveaux maris, » pere, mere, ou enfants deſdits maris, » ou autres perſonnes qu'on puiſſe pré- » ſumer être par dol ou fraude interpo- » ſées, plus que l'un de leurs enfants, ou » enfants de leurs enfants; & s'il ſe trouve » diviſion inégale de leurs biens, faite » entre leurs enfants ou enfants de leurs » enfants, les donations, par elles faites » à leurs nouveaux maris, ſeront réduites » & meſurées à la raiſon de celui des en- » fants qui aura le moins. »

En fin de l'Edit, il eſt porté: « N'enten- » dons par ce préſent notre Edit bailler » auxdites femmes plus de pouvoir & li- » berté de donner & diſpoſer de leurs » biens, qu'il ne leur eſt loiſible par les » Coutumes des pays, auxquelles par ces » préſentes n'eſt dérogé, *&c.* »

Ce premier chef de l'Edit eſt tiré de la loi *hac Edictali 6, cod.* de ſecundis Nuptiis : *Hac edictali lege in perpetuum valiturâ ſancimus*, diſent les Empereurs Léon & Antheme, *ſi ex priore matrimonio procreatis liberis, pater materve ad ſe*

cunda vel tertia aut ulteriora repetiti matrimonii vota migraverit, non ſit ei licitum novercæ vel vitrico... hereditatis jure, ſivè legati, ſive fideicommiſſi titulo plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine, ſeu mortis cauſâ, habitâ donatione, conferre, nec inter vivos... quam filio vel filiæ, ſi unus vel una extiterit; quòd ſi plures liberi fuerint, ſingulis æquas partes habentibus, minimè pluſquàm ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri; ſin autem non æquis portionibus ad eoſdem liberos memoratæ tranſierint facultates, tunc non liceat plus eorum novercæ vel vitrico relinquere vel donare.... quàm filius vel filia habet, cui minor pars data fuerit; ita tamen ut quarta pars quæ eis liberis debetur, nullo modo minuatur.... quàm obſervationem in perſonis etiam avi vel aviæ, proavi & proaviæ, nepotum vel neptium, pronepotum vel proneptium, ſivè ex poteſtate ſint, ſivè emancipati, ex paternâ vel maternâ lineâ venientibus, cuſtodiri cenſemus.... ſin verò plus quàm ſtatutum eſt novercæ vel vitrico relictum vel donatum aut datum fuerit, id quod plus relictum vel donatum aut datum fuerit, tanquam non ſcriptum neque derelictum, vel donatum aut datum ſit, ad perſonas deferri liberorum, & inter eos dividi jubemus; omni circumſcriptione, ſi quæ

per interpoſitam perſonam vel alio quocumque modo fuerit excogitata, ceſſante.

Pour l'intelligence de ce premier chef de l'Edit, nous verrons dans un premier article quelles ſont les perſonnes auxquelles la défenſe eſt faite, & quelles ſont celles auxquelles il leur eſt défendu de donner; dans un ſecond article, quelles donations, & quels avantages ſont ſujets à la réduction de l'Edit; dans un troiſieme, en quels cas il y a lieu à la réduction; & dans un quatrieme, quels enfants peuvent demander la réduction; dans un cinquieme, nous verrons quelles actions ont les enfants pour demander cette réduction; dans un ſixieme article, comment & à quel titre ſe partagent les biens retranchés, & entre quelles perſonnes; nous traiterons dans un ſeptieme & dernier article, des donations de parts d'enfants.

ARTICLE PREMIER.

Quelles ſont les perſonnes auxquelles la défenſe de l'Edit eſt faite : quelles ſont celles auxquelles il leur eſt défendu de donner.

§. I.

Quelles ſont les perſonnes auxquelles la défenſe de l'Edit eſt faite.

534. Les perſonnes auxquelles la défenſe de l'Edit eſt faite, ſont les femmes veuves, *ayant enfant ou enfants*, qui ſe remarient; il réſulte de ces termes *enfant ou enfants*, que les femmes veuves qui ſe remarient, ſont compriſes dans la défenſe de l'Edit, ſoit qu'elles aient pluſieurs enfants de leurs précédents mariages, ſoit qu'elles en aient ſeulement un.

On ne compte néanmoins que ceux qui ſont habiles à ſuccéder : une femme qui a un enfant qui ayant perdu l'état civil, ſoit par la Profeſſion religieuſe, ſoit par une condamnation capitale, eſt inhabile à lui ſuccéder, eſt cenſée n'en avoir aucun, & n'eſt pas, en conſéquence, compriſe dans la défenſe de l'Edit.

535. L'Edit ajoute, *ou enfants de leurs enfants*; il réſulte de ces termes, que quand

même les enfants que la femme qui ſe remarie auroit eu de ſes précédents mariages, ſeroient tous prédécédés, il ſuffit qu'il lui reſte quelque deſcendant de quelqu'un deſdits enfants, pour qu'elle ſoit compriſe dans la défenſe de l'Edit.

536. *Quid.* Si la femme qui ſe remarie n'avoit aucun enfant, ni enfant de ſes enfants, mais qu'elle, ou quelqu'une de ſes brus fût groſſe d'un poſthume qui naquît par la ſuite? Suivant la maxime de Droit: *qui in utero eſt, pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur.* l. 7, ff. *de ſtat. hom.* l. 231, ff. *de verbo ſign.* le poſthume dont cette femme ou ſa bru étoit groſſe, eſt cenſé avoir déja été au monde, lorſqu'elle s'eſt remariée; elle eſt cenſée avoir eu dès ce temps cet enfant ou petit-enfant, & par conſéquent elle eſt compriſe dans les termes de l'Edit: *femmes veuves ayant enfant ou enfant de leurs enfants.*

537. Un homme veuf qui ſe remarie, ayant quelque enfant ou petit-enfant de ſes précédents mariages, eſt-il cenſé compris dans la défenſe portée par ce premier chef de l'Edit? La raiſon de douter, étoit que l'Edit étant une loi qui contient des peines, & qui reſtreint la liberté naturelle, eſt, dit-on, une loi pénale, qui n'eſt pas, par conſéquent,

de nature à recevoir extenſion; l'Edit n'ayant parlé dans ce premier chef que des femmes, il ne doit pas, dira-t-on, être étendu aux hommes, d'autant plus que dans le préambule, le Légiſlateur, par ces termes, *nous entendant l'infirmité du ſexe*, ſe fonde ſur une raiſon qui eſt particuliere aux femmes. Enfin l'Edit ayant expreſſément compris les hommes dans le ſecond chef de ſes diſpoſitions, & au contraire, n'ayant, dans ce premier chef, parlé que des femmes, il ſemble que le Légiſlateur n'a pas voulu y comprendre les hommes, puiſque, s'il eût voulu les y comprendre, il s'en ſeroit expliqué, comme il a fait dans le ſecond chef.

Nonobſtant ces raiſons, les Arrêts rapportés par Chopin, Mornac & Baquet ont jugé que le premier chef de l'Edit avoit lieu à l'égard des hommes qui ſe remarient, de même qu'à l'égard des femmes, & cela n'eſt plus révoqué en doute: la raiſon eſt qu'on ne doit pas regarder cet Edit comme une loi pénale & non ſuſceptible d'extenſion; mais au contraire, comme une loi très-favorable, ſuivant qu'il paroît par les motifs qui ſont expliqués dans le préambule de l'Edit, & qui, convenant aux hommes qui ſe remarient, auſſi-bien qu'aux femmes, doivent faire étendre la loi aux hommes;

d'ailleurs, dans le préambule de l'Edit, le Légiſlateur dit qu'il l'a fait en approuvant & adoptant les conſtitutions des Empereurs Romains faites ſur cette matiere: or la loi *hac edictali* des Empereurs Léon & Antheme, que nous avons cideſſus rapportée, & d'où eſt tiré le premier chef de l'Edit, comprend expreſſément dans ſa diſpoſition l'homme qui ſe remarie.

§. II.

Quelles ſont les perſonnes auxquelles l'Edit défend de donner.

538. L'Edit défend aux femmes qui ſe remarient, ayant quelqu'enfant ou petit-enfant de leurs précédents mariages, de donner aux hommes qu'elles épouſent en ſecond ou ultérieur mariage, plus que ce qui eſt porté par l'Edit; & il eſt pareillement cenſé défendre aux hommes qui ſe remarient, ayant quelqu'enfant de leur précédent mariage, de donner aux femmes qu'ils épouſent en ſecond ou ultérieur mariage, plus que ce qui eſt porté par l'Edit.

Lorſqu'une femme, ayant un ou pluſieurs enfants d'un premier mariage, épouſe ſucceſſivement pluſieurs maris en ſecond, troiſieme ou ultérieurs mariages; ou lorſqu'un homme, ayant un ou plu-

ſieurs enfants d'un premier mariage ; épouſe ſucceſſivement pluſieurs femmes en ſecond, troiſieme ou ultérieurs mariages ; ce n'eſt pas à chacun des maris que cette femme a épouſé ſucceſſivement en ſecond, troiſieme & ultérieurs mariages, ni à chacune des femmes que cet homme a épouſée ſucceſſivement en ſecond, troiſieme & ultérieurs mariages ; mais c'eſt à tous les ſecond & ultérieurs maris enſemble, ou à toutes les ſeconde & ultérieures femmes enſemble qu'il eſt défendu de donner plus que la valeur de la part d'un enfant le moins prenant ; de maniere que, lorſqu'une femme a donné à ſon ſecond mari, elle ne peut donner au troiſieme que ce qu'elle a donné de moins au ſecond, que la valeur du montant de la part de l'enfant le moins prenant ; & ſi elle a déja donné au ſecond mari la valeur entiere du montant de cette part, elle ne peut plus rien donner au troiſieme ; & il en eſt de même de l'homme qui a donné à ſa ſeconde femme ; il ne peut rien donner à la troiſieme qu'autant que ce qu'il a donné à la ſeconde ſeroit au-deſſous de la valeur du montant de la portion de l'enfant le moins prenant.

539. Ce n'eſt pas ſeulement au ſecond & ultérieurs maris que l'Edit défend de

donner; il ajoute : *pere, mere, ou enfants deſdits maris ou autres perſonnes qu'on puiſſe préſumer être par dol ou fraude interpoſées.*

C'eſt avec raiſon que l'Edit défend de donner aux pere & mere des ſecond & ultérieurs maris ; car autrement l'Edit ne manqueroit pas d'être éludé ; les ſecond & ultérieurs maris feroient donner à leurs pere & mere ce qu'ils ne pourroient ſe faire donner à eux-mêmes ; d'ailleurs ce qui eſt donné à leurs pere & mere, leur eſt cenſé donné indirectement, puiſque devant, ſelon l'ordre de la nature, ſuccéder aux biens de leurs pere & mere, ils le retrouveroient un jour dans leur ſucceſſion.

L'Edit, ſous les termes de *pere* & *mere*, eſt-il cenſé avoir compris tous les parents de la ligne directe aſcendante ? Je le crois ; cet Edit qui a pour objet de conſerver à des enfants la ſucceſſion de leur mere, eſt très-favorable ; & les mêmes raiſons qui ont fait comprendre dans la prohibition de l'Edit les pere & mere, militent également à l'égard des autres parents de la ligne aſcendante ; dans ces cas, tous les parents de la ligne directe aſcendante ſont cenſés compris ſous les termes de pere & mere : *patris nomine, avus quoque demonſtrari intelligitur.* L. 201, ff. de verb. ſign. *appellatione* PAREN-

tis non tantum pater, ſed etiam avus & proavus, & deinceps omnes ſuperiores continentur. L. 51, ff. d. tit.

540. C'eſt auſſi avec raiſon que l'Edit comprend dans ſa prohibition les enfants des ſecond & ultérieurs maris; ſans cela la diſpoſition de l'Edit ſeroit éludée : les ſecond & uliérieurs maris feroient donner à leurs enfants ce qu'ils ne pourroient ſe faire donner à eux-mêmes. La tendreſſe paternelle leur fait réputer donné à eux-mêmes ce qui eſt donné à leurs enfants : *quod donatur filio, videtur donatum patri.*

L'Edit, ſous le terme d'enfants, comprend auſſi les petits-enfants & toute la ligne directe deſcendante.

Ce ſont proprement les enfants que les ſecond ou ultérieurs maris ont de leurs précédents mariages, qui ſont compris dans la prohibition de l'Edit. A l'égard des enfants communs de la femme qui s'eſt remariée, & de ſon ſecond mari; ces enfants étant les enfants de la donatrice, ont par eux-mêmes une qualité qui leur peut faire mériter l'affection de leur mere.

Cela doit ſur-tout avoir lieu, lorſque la donation ne leur a été faite, que depuis qu'elle les a mis au monde : il y a plus de difficulté, lorſque la femme a fait cette donation par ſon contrat de ma-

riage avec le ſecond mari, aux enfants qui naîtroient de leur mariage. Il eſt difficile de ne pas penſer, en ce cas, qu'elle eſt faite plutôt en conſidération du ſecond mari, que des enfants à naître de ce mariage, qui n'ont guere pu, avant qu'ils fuſſent au monde, mériter l'affection de la donatrice: néanmoins les Arrêtiſtes rapportent pluſieurs Arrêts qui ont jugé valables & non ſujettes à l'Edit ces donations faites aux enfants à naître du ſecond mariage. *Voyez* Deniſart, ſur le mot, *Edit des ſecondes noces.*

541. Les donations faites aux pere & mere & aux enfants que les ſecond & ultérieurs maris ont de leurs précédents mariages, n'ont été compriſes dans la prohibition de l'Edit, que parce qu'elles ſont préſumées faites en conſidération des ſecond & ultérieurs maris; c'eſt pourquoi elles ne doivent y être cenſées compriſes que lorſqu'elles leur ſont faites du vivant deſdits ſecond & ultérieurs maris; mais ſi une femme, après la mort de ſon ſecond mari, faiſoit quelque donation à quelqu'un des pere, mere ou des enfants de ce ſecond mari, comme elle ne pourroit en ce cas être cenſée faite en conſidération du ſecond mari qui n'exiſtoit plus, elle ſeroit valable, & ne ſeroit pas ſujette à être réduite.

542. L'Edit ajoute : *Et autres perſonnes qu'on puiſſe préſumer être par dol ou fraude interpoſées.*

Obſervez une différence entre ces *autres perſonnes* dont parle ici l'Edit, & les pere, mere & enfants des ſecond & ultérieurs maris dont il a parlé auparavant. Les donations faites à ceux-ci ſont préſumées faites en conſidération des ſecond & ultérieurs maris, & en conſéquence ſujettes à la réduction de l'Edit, par cela ſeul qu'ils ſont parents en ligne directe deſcendante ou aſcendante deſdits ſecond & ultérieurs maris ; mais les donations faites *aux autres perſonnes*, n'y ſont ſujettes qu'autant que les enfants qui les attaqueroient, établiroient par des preuves ou par des préſomptions aſſez fortes pour équipoller à des preuves, que ces perſonnes ont été interpoſées par le ſecond mari pour recevoir à ſa place la donation, & la lui faire paſſer.

On peut alléguer pour exemple d'une préſomption, que le donataire ſeroit une perſonne interpoſée par le ſecond mari, ſi la perſonne à qui la donation a été faite, proche parente du ſecond mari, ne demeuroit pas ſur le lieu, & étoit entiérement inconnue à la donatrice.

Les enfants qui ſoupçonnent que la perſonne à qui leur mere a fait la donation

tion eſt une perſonne interpoſée par le ſecond mari, peuvent, à défaut de preuves, déférer ſur ce fait, au donataire, le ſerment déciſoire.

543. Tout ce que nous avons dit des donations faites par une femme qui s'eſt remariée, aux pere, mere ou enfants de ſon ſecond ou ultérieur mari, ou autres perſonnes par lui interpoſées, reçoit application à celles faites par un homme qui ſe remarie, aux pere, mere & enfants de ſes ſeconde & ultérieures femmes, & aux perſonnes par elle interpoſées.

ARTICLE II.

Quels ſont les Dons & Avantages ſujets à la réduction de l'Edit.

544. Tous les dons & avantages qu'une femme fait à ſes ſecond & ultérieurs maris, ou un homme à ſes ſeconde & ultérieures femmes, ſont ſujets à la réduction de l'Edit; les donations rémunératoires y ſont ſujettes auſſi-bien que les donations ſimples, quelque grands & ſignalés que ſoient les ſervices, lorſque ce ſont des ſervices qui par leur nature ou par la qualité de la perſonne qui les a rendus, ne ſont pas appréciables à prix d'argent.

Lorſque les ſervices en récompenſe deſquels la donation a été faite, ſont appréciables à prix d'argent, & tels que le donataire qui les a rendus, auroit pu avoir action en Juſtice pour en demander le paiement, la donation n'eſt en ce cas donation, ni par conſéquent ſujette à la réduction de l'Edit, que juſqu'à concurrence de ce dont la valeur des choſes données, excede la valeur du prix des ſervices, en récompenſe deſquels la donation a été faite; ſi le prix des choſes données, n'excédoit pas le prix des ſervices, ce ne ſeroit pas une donation, mais une ſimple dation en paiement.

545. Les donations onéreuſes ſont ſujettes à la réduction de l'Edit, auſſi-bien que les donations ſimples, lorſque les charges impoſées par la donation au donataire, ſont des charges qui ne ſont pas appréciables à prix d'argent.

Par exemple, ſi une femme de condition avoit fait une donation à ſon ſecond mari, à la charge qu'il porteroit ſon nom; cette charge n'étant pas appréciable à prix d'argent, n'empêcheroit pas la donation d'être ſujette à la réduction de l'Edit.

Mais lorſque les charges impoſées au donataire, ſont des charges appréciables

à prix d'argent, la donation onéreuſe n'eſt donation & n'eſt ſujette à la réduction portée par l'Edit, qu'autant & juſques à concurrence de ce que la valeur des choſes données, excede le prix des charges, mais juſqu'à concurrence des charges; c'eſt le contrat *do ut des*, ou *do ut facias*, plutôt qu'une donation.

Il en eſt de même d'un legs fait par une femme à ſon ſecond mari, *aut vice verſâ*, dans les Provinces où les loix permettent aux conjoints de ſe donner par teſtament: ſi le legs impoſe au légataire, des charges appréciables à prix d'argent, il n'eſt libéralité & ſujet à la réduction de l'Edit, qu'autant & juſqu'à concurrence de ce que la valeur des choſes léguées excédoit le prix des charges: juſqu'à concurrence du prix des charges, c'eſt moins un legs fait au légataire, qu'une exécution teſtamentaire deſdites charges, qui lui eſt confiée.

546. Les donations qu'une femme fait à ſon ſecond mari, *aut vice verſâ*, ſont-elles ſujettes à la réduction de l'Edit lorſqu'elles ſont mutuelles & égales, tant par rapport à la valeur des biens donnés réciproquement, que par rapport au riſque que la donation renferme, les perſonnes qui ſe ſont fait la donation mutuelle, étant d'un âge à-peu-près égal, &

d'un auſſi bon tempérament l'une comme l'autre ? La raiſon de douter, eſt qu'il ſemble que ces donations ne ſont pas tant des donations, que des eſpeces de contrats intéreſſés de part & d'autre, de la claſſe des contrats aléatoires ; la femme, en faiſant à ſon ſecond mari une telle donation, reçoit de lui l'équivalent de ce qu'elle lui donne : ſi elle lui donne l'eſpérance de recueillir les biens compris dans la donation qu'elle lui fait, dans le cas où il la ſurvivroit, elle reçoit de lui l'équivalent, par une eſpérance d'égale valeur, qu'il lui donne de ſon côté, de recueillir les biens compris dans la ſienne, dans le cas où elle le ſurvivroit ; on peut auſſi, par la même raiſon, dire que la femme, par une telle donation, ne fait aucun tort aux enfants de ſon premier mariage ; car ſi par cette donation ils courent le riſque de trouver la ſucceſſion de leur mere diminuée de ce qui eſt compris dans ſa donation, dans le cas auquel elle prédécéderoit ſon ſecond mari ; ils en ſont indemniſés par l'eſpérance qu'ils acquierent par cette donation de trouver la ſucceſſion de leur mere, au cas qu'elle ait ſurvécu ſon mari, augmentée d'autant qu'elle eût été diminuée, ſi elle eût prédécédé. Cette eſpérance qu'ils acquierent étant d'un prix égal au prix du riſ-

que, compenſe ce riſque, & en indemniſe les enfants.

Nonobſtant ces raiſons, la Juriſprudence eſt conſtante, que les donations mutuelles, quelqu'égales qu'on les ſuppoſe, ne ſont pas moins ſujettes à la réduction de l'Edit, que les donations ſimples. Ricard rapporte un Arrêt célebre du 23 Mai 1586, prononcé en Robes-rouges, par le Préſident Briſſon, qui l'a jugé, & depuis on n'en a plus douté. La déciſion de cet Arrêt eſt conforme à la lettre & à l'eſprit de l'Edit.

1°. Elle eſt conforme à la lettre de l'Edit; il y eſt dit: *ne pourront en quelque façon que ce ſoit, donner, &c.* Ces termes renferment toutes les donations de quelque eſpece qu'elles ſoient, & par conſéquent les mutuelles auſſi-bien que les ſimples. Il eſt faux que les donations mutuelles que des futurs époux ſe font, quelque égales qu'elles ſoient, ne ſoient pas de véritables donations; l'intention des parties leur en donne le caractere, & les diſtingue des contrats aléatoires; c'eſt l'affection réciproque que les parties ont l'une pour l'autre; c'eſt le bien qu'ils ſe veulent l'une à l'autre, qui les porte à ſe faire mutuellement ces donations; cette intention de bienfaiſance donne à ces donations *ad quas ſe mutuis affec-*

tionibus provocaverunt, le caractere de donation, & les distingue des contrats aléatoires.

2°. La décision de l'Arrêt est conforme à l'esprit de l'Edit; le motif de l'Edit, suivant qu'il paroît par le préambule, a été d'empêcher que les enfants des précédents mariages, ne fussent exposés à être réduits à la pauvreté, par les donations de leur mere; *d'où s'ensuit*, dit l'Edit, *la diminution des bonnes familles*: or ils y seroient exposés par les donations mutuelles, dans le cas où leur mere prédécéderoit, ce que l'Edit a voulu empêcher : c'est une mauvaise raison, de dire que les enfants sont dédommagés du risque qu'ils courent de perdre ce que leur mere a donné, si elle prédécede, par l'espérance d'en gagner autant, si elle survit. Tout le monde condamne l'imprudence des gros joueurs, qui exposent au hasard du jeu, les biens qui leur sont nécessaires pour leur subsistance, quoiqu'en jouant ils aient l'espérance de gagner autant que ce qu'ils risquent de perdre; par la même raison, on doit condamner & réprimer l'imprudence d'une mere, qui par ces donations mutuelles, expose les enfants de son précédent mariage, à être réduits à l'indigence, nonobstant l'espérance qu'elle leur

procure de gagner autant que ce qu'ils courent riſque de perdre.

547. Les donations qu'une femme fait à ſon ſecond mari, ou qu'un homme fait à ſa ſeconde femme, ſont ſujettes à la réduction de l'Edit, ſoit qu'elles aient été faites entre vifs, ſoit qu'elles aient été faites par teſtament dans les Provinces où les loix permettent à des conjoints de ſe donner par teſtament.

548. Elles y ſont ſujettes, ſoit qu'elles aient été faites durant le mariage, dans les Provinces où les loix le permettent, ſoit qu'elles aient été faites avant le mariage par le contrat du ſecond mariage.

Si une veuve a fait une donation entre vifs à un homme qu'elle a depuis épouſé en ſecondes noces, quoique par l'acte de donation, il ne fût fait aucune mention du mariage qu'ils ont depuis contracté, on doit préſumer facilement qu'elle a été faite en conſidération du futur mariage; & elle eſt en conſéquence ſujette à la réduction de l'Edit; ſans cela il y auroit une voie ouverte pour éluder l'Edit.

Mais lorſque les circonſtances réſiſtent abſolument à cette préſomption; *putà* s'il s'étoit écoulé un temps très-conſidérable entre la donation & le mariage

que la donatrice a contracté avec le donataire, & que dans le temps intermédiaire, la veuve donatrice eût, depuis la donation, contracté un ſecond mariage avec un autre, après la diſſolution duquel elle auroit épouſé en troiſiemes noces le donataire; je penſe que la donation ne doit pas en ce cas être ſujette à la réduction de l'Edit: ayant été faite ſans aucune vue du mariage, & à un donataire que la donatrice ne regardoit pas alors comme ſon futur mari, elle a acquis à ce donataire un droit irrévocable dans les choſes compriſes dans la donation qui lui a été faite, dont le mariage qu'il a contracté depuis avec la donatrice, ne doit pas le dépouiller.

549. Non-ſeulement les donations formelles ſont ſujettes à la réduction de l'Edit; mais encore les avantages qui ſe trouvent renfermés dans des conventions ordinaires de mariages, y ſont ſujets. Par exemple, quoique la convention de préciput ſoit une convention ordinaire de mariage; néanmoins lorſqu'on eſt convenu par le contrat de mariage d'une veuve avec ſon mari, que le ſurvivant auroit par préciput, *putà* une ſomme de 3000 l. & que le ſecond mari ſurvit; cette convention, en cas d'acceptation de la commu-

nauté par les enfants, renferme un avantage au profit du ſecond mari ſurvivant, de la moitié de la ſomme convenue pour le préciput; & cet avantage eſt ſujet à la réduction de l'Edit, ſi la portion de l'enfant moins prenant, montoit à moins que la ſomme de 1500 liv. moitié du préciput.

Par la même raiſon, ſi le contrat de mariage, où ſe trouve cette convention de préciput, portoit auſſi une donation de part d'enfant au profit du ſecond mari, le ſecond mari ayant par la part d'enfant qui lui eſt donnée, tout ce qu'il eſt permis à la femme de lui donner, il ne peut plus avoir de préciput.

Si les enfants héritiers de leur mere renonçoient à la communauté, tous les biens de la communauté appartenants de droit en ce cas au mari, il n'y auroit pas lieu au préciput qui ſe prend ſur les biens de la communauté; & la convention de préciput devenant ſans effet, ne formeroit aucun avantage au profit de ſon ſecond mari.

Lorſque c'eſt un homme veuf qui a épouſé une ſeconde femme, laquelle a ſurvécu, la convention de préciput forme pareillement au profit de cette ſeconde femme qui accepte la communauté, un

avantage de la moitié de la ſomme convenue pour le préciput du ſurvivant ; & ſi cette femme ſurvivante renonce à la communauté, & qu'il y ait clauſe qu'elle aura ſon préciput, même en cas de renonciation à la communauté, la convention de préciput forme en ce cas au profit de la ſeconde femme, un avantage de toute la ſomme convenue pour le préciput, & en l'un & l'autre cas l'avantage eſt ſujet à la réduction de l'Edit.

550. La communauté de biens qui eſt établie entre une veuve & ſon ſecond mari, eſt une eſpece de contrat de ſociété, qui ne renferme aucun avantage au profit du ſecond mari, lorſqu'il a apporté autant que ſa femme ; mais lorſque l'apport eſt inégal, & que la veuve a apporté plus que n'a apporté le ſecond mari, *putà* ſi la femme a apporté 4000 liv. en communauté, & que le ſecond mari n'en ait apporté que 1000, cette inégalité forme au profit du ſecond mari un avantage ſujet à la réduction de l'Edit ; cet avantage eſt de la moitié de ce que la femme a apporté de plus que lui : lorſque les enfants acceptent la communauté, & lorſqu'ils y renoncent, & qu'il n'y a pas de clauſe au contrat de mariage, qui leur accorde la repriſe de l'apport de leur mere, l'avantage eſt du total de

ce que la femme a apporté de plus que lui: par exemple, dans l'eſpece propoſée où la femme a apporté 3000 liv. de plus que ſon ſecond mari, l'avantage, en cas d'acceptation de la communauté, ſera de 1500 liv.; & en cas de rénonciation, de 3000 liv: c'eſt pourquoi ſi dans le cas de l'acceptation, la part de l'enfant qui eſt le moins prenant, ſe trouve moindre de 1500 liv: & ſi dans le cas de rénonciation, elle ſe trouve moindre de 3000 liv. il y aura en l'un & l'autre cas lieu à la réduction de l'Edit.

Par la même raiſon, ſi le contrat du ſecond mariage, outre l'avantage qui réſulte de l'inégalité de l'apport, contenoit une donation de part d'enfant, faite par la femme à ſon ſecond mari, le ſecond mari qui par la donation de part d'enfant reçoit tout ce qu'il eſt permis à la femme de lui donner, ne doit profiter en rien de ce que la femme a apporté de plus que lui; c'eſt pourquoi au partage de la communauté, les enfants doivent, avant partage, prélever tout ce que leur mere a apporté à la communauté de plus que lui, de la même maniere que ſi elle ſe l'étoit réſervé propre: par exemple, dans l'eſpece propoſée, ils doivent au partage de la communauté, prélever

avant partage la ſomme de 3000 liv. & s'ils avoient déja fait partage de la communauté, ſans faire ce prélevement, les enfants ayant touché par ce partage la moitié de la ſomme de trois mille livres qu'ils avoient droit de prélever, en doivent faire confuſion ſur eux: le ſecond mari eſt débiteur envers eux de quinze cents livres pour l'autre moitié de ce prélevement qu'ils avoient droit de faire; & cette ſomme de quinze cents livres que le ſecond mari doit aux enfants, lui doit être précomptée ſur ſa part d'enfant, qu'il a droit de prendre dans la part échue aux enfants par le partage de la communauté.

Lorſque c'eſt un homme qui, par le contrat de mariage avec une ſeconde femme, a apporté plus qu'elle en communauté, c'eſt pareillement un avantage qu'il fait à ſa ſeconde femme de la moitié de la ſomme qu'il a apportée de plus qu'elle en communauté, lorſque cette ſeconde femme accepte la communauté; ſi elle y renonce, l'avantage diſparoît.

551. Dans la communauté légale qui a lieu lorſque les parties ne ſe ſont pas expliquées ſur la communauté, ou lorſqu'il n'y a pas du tout de contrat de mariage; ſi le mobilier de la femme qui

eſt entré dans cette communauté légale, étoit beaucoup plus conſidérable que celui du ſecond mari, cette inégalité ſeroit-elle cenſée faire un avantage au profit du ſecond mari, ſujet à la réduction de l'Edit, de même que l'inégalité d'apport qui ſe trouve dans la communauté conventionnelle ? On dit en faveur du ſecond mari, c'eſt la loi qui fait tomber dans la communauté légale tout le mobilier de chacune des parties; ſi le ſecond mari reſſent un avantage de ce que ſa femme en avoit plus que lui, & de ce qu'il en eſt entré plus de la part de ſa femme que de la ſienne, il tient cet avantage de la loi qui l'y a fait entrer, & non de ſa femme avec qui il n'a eu à cet égard aucune convention : cet avantage n'eſt donc pas en cela un avantage que lui fait ſa femme; il n'eſt donc pas ſujet à la réduction de l'Edit.

Nonobſtant ce raiſonnement, il eſt conſtant dans l'uſage, qu'il y eſt ſujet de même que celui qui réſulte de l'inégalité des apports dans le cas de la communauté conventionnelle : il eſt faux que dans le cas de la communauté légale, le ſecond mari ne tienne pas cet avantage de ſa femme, mais ſeulement de la loi. Suivant les principes de Dumoulin,

que nous rapporterons dans le Préliminaire de notre Traité de la Communauté, lorſque les parties n'ont pas fait de contrat de mariage, ou ne ſe ſont pas expliquées ſur la communauté dans celui qu'elles ont fait, elles ſont cenſées être tacitement ou du moins virtuellement convenues de tout ce qu'il eſt d'uſage de convenir dans la Province; & par conſéquent dans les Provinces dont la loi admet la communauté entre mari & femme, ſans qu'elle ait été expreſſément ſtipulée, elles ſont cenſées tacitement ou du moins virtuellement convenues d'établir cette communauté, & de la compoſer de toutes les choſes dont cette loi déclare qu'elle eſt compoſée: lorſque les parties ne s'en ſont pas expliquées, la communauté eſt en ce cas appellée légale, parce que les parties s'en ſont en ce cas rapportées à la loi ſur la communauté qu'elles ont voulu établir, & ſur les choſes dont elles ont voulu qu'elle fût compoſée; mais ce n'eſt pas la loi *immediatè & per ſe*, qui y fait tomber en ce cas les choſes qui y tombent; c'eſt la convention tacite ou virtuelle intervenue entre les parties, par laquelle elles ſont cenſées être convenues qu'elles y tombaſſent, qui les y fait tom-

ber : l'avantage que le ſecond mari reſſent de ce qu'il y eſt tombé de la part de ſa femme plus qu'il n'en eſt tombé de la ſienne, eſt donc un avantage qu'il tient de la convention tacite ou virtuelle qu'il eſt cenſé avoir eu avec ſa femme, & par conſéquent qu'il tient de ſa femme ; ſa femme en ne ſe réſervant pas propre, comme elle le pouvoit, & en laiſſant tomber à deſſein dans la communauté ce qu'elle avoit de plus en mobilier que ſon ſecond mari, eſt cenſée lui avoir fait en cela le même avantage, que celui qui eſt fait dans le cas d'une communauté conventionnelle à un ſecond mari, lorſque la femme y apporte plus que lui, & il eſt également ſujet à la réduction de l'Edit.

Deniſar ſur le mot *Noces*, rapporte un Arrêt du 29 Janvier 1658, qui a jugé ſuivant ces principes.

552. Lorſque le ſecond mari a un talent & une profeſſion lucrative qui a produit beaucoup à la communauté, eſt-il fondé à prétendre que ce qu'il apporte en talent, ſupplée à ce qu'il a apporté en biens de moins que la femme ; & qu'en conſéquence ce que la femme a apporté en biens de plus que le ſecond mari, ne doit pas être cenſé un avan-

tage fait à ce ſecond mari, lequel par ſon talent qu'il apporte à la communauté, fournit l'équivalent de ce que ſa femme a apporté, & même ſouvent plus ?

On peut dire en faveur de la prétention du ſecond mari, que ſelon les regles du contrat de ſociété, l'induſtrie que l'un des aſſociés apporte à une ſociété, lorſqu'elle eſt appréciable, peut être l'équivalent de ce que l'autre aſſocié y a apporté de plus en biens : *ſocietas* (univerſorum bonorum) *coiri poteſt etiam inter eos qui non ſunt æquis facultatibus, cùm plerumque pauperior operâ ſuppleat, quantùm per comparationem patrimonii deeſt.* L. 5, §. 1, *ff. pro ſoc.* Il ſemble que, ſuivant ce principe, une femme ne doit pas être cenſée avoir fait aucun avantage à ſon ſecond mari en apportant une plus grande quantité de biens que lui à la communauté, lorſque l'induſtrie qu'il a apportée, ſupplée à ce qu'il y apporte de moins, & eſt un juſte équivalent de ce que la femme a apporté de plus : je penſe que le principe, quoique vrai dans la théorie, ne doit pas ordinairement dans la pratique être appliqué à l'eſpece de cette queſtion, 1° parce que l'eſtimation de cette induſtrie du

ſecond mari, eſt quelque choſe de trop arbitraire & de trop difficile ; 2° parce que la femme apporte, de ſon côté, une eſpece d'induſtrie qui profite ſouvent plus à la communauté, que l'induſtrie de ſon ſecond mari : c'eſt ſur elle que tombe tout le ſoin du ménage, pendant que le mari eſt occupé de ſon art ou de ſa profeſſion ; & ſouvent ce ſoin qu'une femme apporte à ſon ménage, enrichit plus la communauté, que les gains que fait dans l'exercice de ſon art ou de ſa profeſſion, le ſecond mari, qui très-ſouvent les dépenſe auſſi facilement qu'il les fait : l'induſtrie du ſecond mari étant donc compenſée avec celle de ſa femme, elle ne peut plus ſervir d'équivalent à ce que la femme a apporté en biens plus que lui.

Néanmoins ſi les gains que le ſecond mari a coutume de retirer annuellement de ſa profeſſion, étoient ſi immenſes, qu'ils montaſſent pour une ſeule année à une plus groſſe ſomme que celle que la femme a apportée de plus que lui, & que la communauté ſe ſoit trouvée conſidérablement enrichie de ces gains, les enfants auroient en ce cas mauvaiſe grace à oppoſer au ſecond mari, que leur mere auroit fait un apport à la com-

munauté plus conſidérable que le ſien.

Le ſecond mari n'eſt cenſé avantagé que de ce que la femme a apporté de plus que lui en principal : ce que la femme apporte de plus en revenus, n'eſt pas reputé un avantage prohibé & réductible qu'elle faſſe à ſon ſecond mari ; c'eſt pourquoi, ſi une femme qui a, par exemple, dix mille livres de revenu, s'eſt remariée à un homme qui n'en a pas la dixieme partie, & a contracté avec lui communauté de biens, dans laquelle entreront ſes revenus pendant tout le temps qu'elle durera ; Ricard décide qu'en ce cas, quoique le ſecond mari profite des revenus de la femme, néanmoins cette communauté n'eſt point réputée un avantage qui puiſſe être réductible, ſuivant l'Edit. Ricard cite pour ſon avis un Arrêt, rapporté par Henris, *tom.* 1, *liv.* 4, *queſt.* 57, qui a jugé que même dans le pays de Droit écrit, où la communauté n'a pas lieu ſi elle n'eſt ſtipulée, la communauté qui avoit été ſtipulee par le contrat de mariage d'une femme avec ſon ſecond mari, ne pouvoit être attaquée, comme un avantage fait au ſecond mari ; à plus forte raiſon, doit-on le juger dans le pays coutumier où la communauté eſt de droit. L'avis de Ricard eſt ſuivi dans l'uſage.

553. Lorſqu'il eſt échu à une femme des ſucceſſions mobilieres pendant ſa communauté avec ſon ſecond mari, la femme qui auroit pu, par une clauſe de ſon contrat de mariage, ſe réſerver propres ces ſucceſſions, & qui ne l'a pas fait, eſt-elle cenſée, en ne le faiſant pas, avoir fait en cela à ſon ſecond mari un avantage ſujet à la réduction de l'Edit? Il y a une grande différence entre ce défaut de réſerve des ſucceſſions mobilieres, & le défaut de réſerve de ce qu'elle avoit lors de ſon mariage de plus en mobilier que le ſecond mari: ce qu'elle avoit alors de plus en mobilier que ſon ſecond mari, étoit quelque choſe de certain & de déterminé, dont par le défaut de réſerve de propre, elle ſe dépouilloit pour le mettre en communauté; elle en avantage ſon ſecond mari, puiſqu'il acquiert à titre lucratif, au moins une partie dans cet excédent de mobilier, ſans avoir de ſa part rien conféré à la place.

Il n'en eſt pas de même du défaut de réſerve des ſucceſſions; ce que la femme a manqué de ſe réſerver, en ne ſtipulant pas par le contrat de ſon ſecond mariage, que les ſucceſſions ſeroient propres, n'étoit pas, comme dans l'eſpece précédente, quelque choſe qu'elle

eût alors, & dont elle ſe ſoit dépouillée pour en avantager ſon ſecond mari : ce n'étoit rien de certain ; cela ne conſiſtoit qu'en des eſpé ances incertaines : il étoit incertain alors ſi elle auroit des ſucceſſions mobilieres pendant ſon mariage, & ſi elle en auroit plus que ſon mari qui en pouvoit avoir auſſi ; elle ne doit donc pas être cenſée avoir, par le défaut de réſerve des ſucceſſions, voulu faire un avantage à ſon ſecond mari ; mais plutôt avoir laiſſé aller le cours naturel de la loi de la communauté conjugale, ſuivant laquelle tout le mobilier qui advient à chacun des conjoints pendant que cette communauté dure, y tombe.

Bretonnier, dans ſes Obſervations ſur Henris, *tom. 1, l. 4, q.* 58, rapporte un Arrêt du 25 Juin 1703, lequel, ſur un appel du Bailliage de Sens, a jugé conformément à ces principes, que les enfants d'un premier mariage n'étoient pas fondés à réputer pour avantage fait par leur mere à leur beau-pere, la part qu'il avoit eu dans le mobilier d'une ſucceſſion échue à leur mere durant le ſecond mariage.

Cela doit-il avoir lieu, même dans le cas auquel le ſecond mari n'auroit de

ſa part aucunes ſucceſſions à eſpérer, *putà*, s'il étoit bâtard? Je penſe qu'il faudroit décider de même : s'il ne peut rien venir en ce cas au ſecond mari à titre de ſucceſſion, il peut lui venir quelque choſe à titre de donation ou de legs.

554. Mais, ſi le ſecond mari avoit réſervé propres ſes ſucceſſions à venir, & que la femme n'eût pas réſervé les ſiennes, le défaut de réſerve, en ce cas, renfermant une inégalité affectée, devroit paſſer pour un avantage.

555. *Quid*, de la clauſe par laquelle on convient dans le contrat du ſecond mariage, que les ſucceſſions de part & d'autre tomberont en communauté, tant pour le mobilier que pour l'immobilier? Les parties, en s'écartant par cette clauſe de la loi de la communauté conjugale, qui ne fait pas tomber dans cette communauté les immeubles qui adviennent aux conjoints par ſucceſſion, ne peuvent pas paroître avoir d'autres vues que celle de s'avantager réciproquement; chacun des conjoints, en convenant que les immeubles de ſucceſſion qui lui écherront, tomberont en communauté, a une volonté formelle de donner à l'autre une part dans leſdits immeubles; la part

que le ſecond mari a, en vertu de cette clauſe, dans les immeubles des ſucceſſions échues à ſa femme, eſt donc un avantage que lui a fait ſa femme, lequel par conſéquent eſt ſujet à la réduction de l'Edit.

En vain oppoſeroit-il pour s'en défendre, que par cette clauſe ſa femme ne lui a donné qu'une eſpérance à ces ſucceſſions immobilieres, à la place de laquelle il donnoit, de ſon côté, à ſa femme pareille eſpérance aux immeubles des ſucceſſions qui pouvoient pareillement lui échoir : La réponſe eſt que les donations, quoiqu'en eſpérance, lorſque l'eſpérance s'eſt effectuée, & quoique mutuelles & réciproques, étant ſujettes à la réduction de l'Edit, comme nous l'avons vu *ſuprà*, à l'égard des donations mutuelles & du préciput ; pour que l'avantage qu'a eu le ſecond mari dans les immeubles des ſucceſſions échues, ſoit un avantage ſujet à la réduction de l'Edit, il ſuffit que par l'évenement l'eſpérance ſe ſoit effectuée ; il ſuffit que par l'événement il ſoit échu à ſa femme des ſucceſſions d'immeubles dans leſquelles il ait pris part, & qu'il ne lui en ſoit échu à lui aucunes, ou que dans celles qui lui ſeroient échues, ſa femme ne trouve pas l'équivalent de

la part qu'il trouve dans les immeubles des ſucceſſions échues à ſa femme.

556. La convention par laquelle on a fixé à une certaine ſomme la part qu'une ſeconde femme auroit eu dans la communauté, eſt-elle cenſée renfermer un avantage ſujet à la réduction de l'Edit, lorſque cette ſomme excede ce qu'elle auroit eu de net pour ſa part en la communauté ? On dira pour la négative que cette convention eſt un contrat aléatoire, plutôt qu'elle ne contient un avantage: la ſeconde femme achete ce qu'elle reçoit de plus que la moitié des biens de la communauté, par le riſque qu'elle a couru de recevoir beaucoup moins que la moitié de la communauté, ſi elle eût proſpéré autant comme on l'eſpéroit: nonobſtant ces raiſons, je penſe que cette ſomme pour ce dont elle excede le montant de la moitié des biens de la communauté, eſt un avantage ſujet à la réduction de l'Edit: autrement on auroit une voie ouverte d'avantager une ſeconde femme en fraude de l'Edit, en fixant le forfait de ſa part en la communauté, a une ſomme beaucoup plus forte, qu'il n'eſt vraiſemblable que doive monter ſa part lors de la diſſolution de la communauté; & ſi on laiſſoit à l'arbitrage du Juge à

juger de cette vraiſemblance, ce ſeroit donner lieu à des procès qu'on retranche en ſuivant notre déciſion.

Obſervez que, pour que la ſomme à laquelle on a fixé la part de la ſeconde femme en la communauté, ſoit réputée avantage pour ce dont elle excede la moitié du montant des biens de la communauté lors de ſa diſſolution, il faut qu'elle excede pareillement ce que la ſeconde femme a apporté à la communauté; car ce n'eſt pas avantage, lorſqu'elle ne retire que ce qu'elle y a mis.

557. Quoique le douaire qu'un homme accorde à une ſeconde femme, ſoit une convention matrimoniale, plutôt qu'une donation; néanmoins lorſqu'il excede la valeur du douaire coutumier, il eſt, juſqu'à concurrence de cet excédent, réputé un avantage fait par l'homme à ſa ſeconde femme, ſujet à la réduction de l'Edit. Mais juſqu'à concurrence de la valeur du douaire coutumier, le douaire qu'un mari accorde à ſa ſeconde femme, n'eſt pas ſujet à la réduction de l'Edit, n'étant pas, juſqu'à cette concurrence, réputé un avantage. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt ſolemnel du 18 Juillet 1615, rendu *conſultis claſſibus*, & encore

core depuis par un du 10 Juillet 1656. Ces Arrêts ſont rapportés par Ricard. La raiſon eſt, que nos Coutumes accordent à toutes les femmes, aux ſecondes, troiſiemes & quatriemes, *&c.* auſſi-bien qu'aux premieres, un douaire dans les biens de leur mari, lorſque le mari ne leur en a pas accordé un par le contrat de mariage : on appelle ce douaire que la loi leur accorde, le douaire coutumier ; elles le tiennent de la loi, qui le leur accorde *immediatè & per ſe* ; elles le tiennent *ex beneficio legis*, *& non ex beneficio hominis* : le mari, en donnant un douaire conventionnel à ſa femme, tant que ce douaire n'excede pas le coutumier, n'eſt pas cenſé lui faire un don ; mais lui donner un équivalent de ce que la loi lui donne ; elle le tient donc juſqu'à cette concurrence, *magis ex beneficio legis quàm ex beneficio hominis* : lorſque le douaire conventionnel eſt beaucoup au-deſſous du coutumier, bien-loin qu'en ce cas le mari lui faſſe un don ; c'eſt, au contraire, la femme qui, en ſe reſtreignant à ce douaire, veut bien faire remiſe de ce que la loi lui donnoit de plus à titre de douaire.

558. Si le douaire conventionnel, juſqu'à concurrence du douaire coutumier, n'eſt pas réputé un avantage fait à la femme par ſon mari, & n'eſt pas ſujet à la

réduction de l'Edit ; à plus forte raiſon le doit-on dire du douaire coutumier, lorſqu'il n'y a par le contrat de mariage, aucun douaire conventionnel.

Ricard a une opinion ſinguliere : il prétend que ce n'eſt que dans le cas où la ſeconde femme eſt d'une condition & de facultés à-peu-près égales à la condition & aux facultés du mari, que le douaire coutumier n'eſt pas réputé un avantage fait à la femme par ſon mari, & n'eſt aucunement ſujet à la réduction de l'Edit ; mais lorſqu'elle eſt d'une condition & de facultés beaucoup inférieures à celles de ſon mari, il dit qu'en ce cas, lorſqu'il n'y a pas de douaire conventionnel, on doit eſtimer à quoi peut monter un douaire convenable à la condition & aux facultés de cette femme, & que ſon douaire coutumier, en tant & juſqu'à concurrence de ce qu'il excede cette eſtimation, doit être, pour être excédent, réputé un avantage ſujet à la réduction de l'Edit. Le mari, dit Ricard, qui pouvoit avec juſtice, par le traité de mariage, reſtreindre le douaire de ſa femme à la ſomme portée par cette eſtimation, eſt cenſé lui avoir fait un avantage de ce que le douaire coutumier vaut de plus, en tant que, pouvant le reſtreindre & le di-

minuer, il ne l'a pas fait : *In tantùm ei donaſſe videtur, in quantùm cùm adimere poſſet, non ademit.* Je crois cette opinion de Ricard, contraire aux principes ; les loix coutumieres ne reglent pas le douaire ni ſur l'état de la femme avant ſon mariage, ni ſur les biens qu'elle a apportés à ſon mari : quoiqu'elle fût avant ſon mariage, d'un état beaucoup inférieur à celui de ſon mari, elle devient, par ſon mariage, d'un état égal à celui de ſon mari, & par conſéquent ſon douaire doit ſe régler, non eu égard à l'état qu'elle avoit avant le mariage, mais eu égard à celui de ſon mari.

Le peu de biens qu'elle a apportés à ſon mari, n'eſt pas non plus une raiſon pour diminuer ſon douaire ; bien-loin de cela, le douaire étant accordé aux femmes pour ſoutenir, après la mort de leur mari, l'état de leur mari, moins elles ont de leur propre, plus elles ont beſoin du douaire que la loi leur accorde pour cela. L'opinion de Ricard, outre qu'elle eſt mal-fondée, a un autre inconvénient, qui eſt qu'elle ouvre la porte aux procès, en laiſſant à la diſcrétion des Juges à eſtimer, ſuivant les différentes circonſtances, juſqu'à quelle concurrence le douaire doit être cenſé avantage ſujet à la réduction de l'Edit ; au-

lieu qu'on retranche les procès en décidant ces questions par des principes généraux.

559. La somme promise par le contrat de mariage à une seconde femme pour son deuil, n'est un avantage qu'autant qu'elle excede celle qui lui est due, eu égard à l'état & aux facultés de son mari ; il n'y a que cet excédent qui soit un avantage sujet à la réduction de l'Edit.

ARTICLE III.

En quel cas y a-t-il lieu à la réduction de l'Edit ; & à quelle part d'enfant sont réductibles les Donations faites aux seconds & ultérieurs maris, ou aux secondes femmes.

560. Pour qu'il puisse y avoir lieu à la réduction de l'Edit, il faut, 1°. que la femme ou l'homme qui a convolé en secondes ou ultérieures noces, ait eu quelqu'enfant de quelqu'un de ses précédents mariages ; car ce n'est qu'à ces personnes que la défense de l'Edit est faite, comme nous l'avons vu *suprà*, *art.* 1, §. 1.

Il faut, 2°. que quelqu'un desdits enfants lui ait survécu ; car la loi n'ayant été faite qu'en leur faveur, elle cesse,

s'il ne s'en trouve aucun au temps auquel la loi devoit avoir ſon effet, & venir à leur ſecours ; mais lorſque quelqu'un deſdits enfants lui a ſurvécu, il n'eſt pas néceſſaire qu'il ſoit ſon héritier ; il ſuffit qu'il ſoit capable de venir à ſa ſucceſſion.

Enfin il faut, en 3e. lieu, que ce qui a été donné aux perſonnes prohibées par l'Edit, ſur leſquelles (voyez *ſuprà* l'*art.* 1, §. 2,) excede la part qu'a eu ou avoit droit d'avoir dans les biens de la donatrice ou du donateur, celui de tous ſes enfants, de quelque mariage que ce ſoit, qui a eu la moindre part.

C'eſt ce qui eſt porté par ces termes de l'Edit : « Ne peuvent.... donner.... plus » qu'à un de leurs enfants, ou enfants de » leurs enfants ; & s'il ſe trouve diviſion » inégale de leurs biens, faite entre leurs » enfants ou enfants de leurs enfants, » les donations par elles faites à leurs » nouveaux maris, ſeront réduites & » meſurées à raiſon de celui des enfants » qui en aura le moins.

Par exemple, ſi une femme qui avoit des enfants d'un premier mariage, a convolé en ſecondes noces, & a donné quelque choſe à ſon ſecond mari, & que par teſtament elle ait fait ſes enfants légataires univerſels, à l'exception d'un,

ſoit du premier, ſoit du ſecond mariage, à qui elle n'a laiſſé que ſa légitime ; ſi la donation faite au ſecond mari, excede cette légitime, qui eſt la part de celui de tous les enfants qui a la moindre part dans les biens de ſa mere, il y aura lieu à la réduction de l'Edit ; & la donation faite au ſecond mari, devra être réduite à la ſomme à laquelle monte cette légitime.

561. La part de l'enfant le moins prenant, à laquelle eſt réductible la donation faite au ſecond mari, eſt la part que cet enfant le moins prenant a droit d'avoir dans les biens de la donatrice, & non pas celle dont il veut bien ſe contenter, quoique moindre que celle qu'il a droit d'avoir : par exemple, ſi dans l'eſpece ci-deſſus propoſée, une femme avoit fait ſes enfants ſes légataires univerſels, à l'exception d'un, à qui elle auroit laiſſé une ſomme ou une choſe qui fût au-deſſous de ſa légitime ; quoique cet enfant ait bien voulu s'en contenter, & ſe ſoit tenu au don ou legs qui lui a été fait, ſans prétendre aucun ſupplément de légitime, la donation faite au ſecond mari ne doit pas être réduite à la valeur du don ou legs dont cet enfant a bien voulu ſe contenter ; mais elle doit ſubſiſter juſqu'à la concurrence de

la légitime que cet enfant avoit droit de prétendre.

Ricard nous atteſte que c'eſt la Juriſprudence du Parlement : ces termes de l'Edit, *les donations ſeront meſurées à raiſon de celui des enfants qui en aura le moins*, ne ſont point contraires à cette déciſion; celui des enfants qui a le moins, a véritablement dans les biens de ſa mere, non-ſeulement ce que ſa mere lui a laiſſé, mais le droit de prendre dans les biens de ſa mere ce qui manque à ſa légitime, lorſqu'il n'en eſt pas rempli. Ce droit fait partie de ſa part dans les biens de ſa mere, & il ne doit pas être en ſon pouvoir, en y renonçant par colluſion avec ſes freres & ſœurs, de donner atteinte à la donation faite au ſecond mari, qui doit être meſurée ſur tout ce qui compoſe ou peut compoſer cette part.

562. Lorſqu'une fille, par ſon contrat de mariage, au moyen d'une dot qu'elle a reçue beaucoup moindre que n'eût été ſa légitime, a renoncé à la ſucceſſion de ſa mere, en faveur de ſes freres; la donation faite au ſecond mari doit-elle être réduite à la dot que cette fille a reçue ? La raiſon de douter, eſt qu'en ce cas cette fille, par la clauſe de ſon contrat de mariage, étant reſtreinte

à la dot qu'elle a reçue, & ne pouvant rien prétendre davanrage, même à titre de légitime, dans les biens de ſa mere; la dot qu'elle a reçue eſt toute ſa part dans les biens de ſa mere; la donation faite au ſecond mari devant être réduite à la part de l'enfant qui a le moins dans les biens de la donatrice, elle doit être réduite à la dot de cette fille, qui eſt la part entiere qu'elle a des biens de ſa mere.

Nonobſtant ce raiſonnement, Ricard décide que la donation faite au ſecond mari, ne doit pas être réduite à cette dot; la part de l'enfant qui aura le moins, à laquelle l'Edit veut que la donation faite au ſecond mari, ſoit réduite, ne doit s'entendre que de celle d'un enfant, ou qui vient à la ſucceſſion de ſa mere, ou qui avoit droit d'y venir, quoiqu'il y renonce; & non d'un enfant qui, par ſon contrat de mariage, s'eſt exclus de pouvoir venir à la ſucceſſion, & de pouvoir y prendre part: on ne peut pas dire que la dot que cette fille a reçue, ſoit ſa part dans les biens de la ſucceſſion de ſa mere; elle n'y a plus de part, en ayant fait une eſpece de tranſport à ſes freres, en faveur deſquels elle a renoncé à ſa ſucceſſion.

563. Par la même raiſon, lorſque la

femme, qui a fait une donation à ſon ſecond mari, a exhérédé un enfant pour une juſte cauſe, & lui a néanmoins fait un legs modique pour ſes aliments ; la donation faite au ſecond mari ne doit pas être réduite à la ſomme à laquelle monte le legs fait à cet enfant ; car ce legs n'eſt pas une part que cet enfant prend dans les biens de la ſucceſſion de ſa mere ; cet enfant n'ayant aucune part à prendre dans une ſucceſſion dont l'exhérédation l'a exclus.

564. Lorſque la ſucceſſion de la femme ſe partage par ſouches entre ſes petits-enfants de différentes ſouches, la donation faite au ſecond mari ne doit pas être réduite à la part que l'un des petits-enfants a dans la ſubdiviſion du lot échu à ſa ſouche ; mais elle doit ſe meſurer ſur la part échue à celle des ſouches qui y a la moindre part. Par exemple, ſuppoſons qu'une femme a eu trois enfants qui ſont tous prédécédés, & ont laiſſé chacun des petits enfants : ſuppoſons encore que dans le partage qui eſt à faire de ſa ſucceſſion, la part de la ſouche aînée monte à 40000 livres, & celle de chacune des ſouches cadettes à 30000 livres, & que la part de l'une des ſouches cadettes eſt ſubdiviſée également entre dix petits-enfants, dont elle eſt com-

poſée, qui y ont chacun 3000 livres pour leur dixieme portion ; dans cette ſuppoſition, la donation faite au ſecond mari ne doit pas être réduite à la ſomme de 3000 livres, montant de la part d'un enfant de l'une des ſouches. La raiſon eſt évidente : la ſucceſſion eſt déférée & *partagée* par ſouches ; donc c'eſt chacune des ſouches, & non chacun des petits-enfants qui prend *une part* dans le partage de la ſucceſſion ; donc c'eſt à la part qu'a dans ce partage l'une des ſouches qui y a la moindre part, que doit ſe meſurer la donation faite au ſecond mari.

565. Au contraire, lorſque la femme n'a laiſſé que des petits-enfants d'une même ſouche, qui viennent à ſa ſucceſſion, la ſucceſſion ne ſe partageant pas en ce cas par ſouches, mais par perſonnes, la donation faite au ſecond mari eſt en ce cas réductible à la part qu'aura dans la ſucceſſion celui des petits-enfants qui aura la moindre part. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt de 1651, rapporté par Brodeau ſur Louet, *let.* N, *n.* 3, & par Ricard. Néanmoins ce dernier prétend que la queſtion avoit ſouffert quelque difficulté ; & il cite un Arrêt du Parlement de Toulouſe, qui a jugé, au contraire, que la donation faite au ſecond

mari ne devoit pas être réduite à la part que l'un des petits-enfants avoit dans la ſucceſſion, mais qu'elle devoit ſe meſurer à ce que ſes petits-enfants y avoient tous enſemble, parce qu'ils n'y venoient tous enſemble, qu'au lieu de leur pere, fils de la défunte : cette raiſon que Ricard fait ſervir de fondement à cet Arrêt, ne me paroît pas bonne ; il eſt faux que les petits-enfants viennent en ce cas *au lieu de leur pere* ; ce n'eſt que dans les cas auxquels la loi établit la fiction de la repréſentation, qu'ils viennent *au lieu de leur pere* qu'ils repréſentent ; mais dans ce cas-ci, où il n'y a pas lieu à la fiction de la repréſentation, ces petits-enfants viennent de leur chef ; ils ne repréſentent pas leur pere ; on ne peut donc pas dire qu'ils viennent *au lieu* de leur pere ; car venir *au lieu* de quelqu'un, c'eſt le repréſenter.

566. Lorſqu'une femme ayant des enfants d'un précédent mariage, a paſſé ſucceſſivement à différents mariages, & qu'elle a fait des donations à ſes ſecond, 3e. & 4e. maris, il n'eſt pas néceſſaire, pour qu'il y ait lieu à la réduction de l'Edit, que la donation faite à l'un deſdits maris, excede la part de l'enfant le moins prenant ; il ſuffit que toutes ces donations excedent enſemble cette part ;

car l'Edit ne dit pas : « Ne peuvent donner à *chacun* de leurs nouveaux maris » ; mais il dit : « Ne peuvent donner à *leurs nouveaux maris* plus qu'à un de leurs enfants » : ce qui signifie qu'elles ne peuvent donner à tous leurs nouveaux maris, lorsqu'elles en ont eu plusieurs, plus que l'équivalent de la part de l'enfant le moins prenant : c'eſt pourquoi, ſi une femme avoit donné à ſon ſecond mari quelque choſe qui équivalût à cette part, les donations faites aux autres ſeroient entiérement nulles ; ayant donné au ſecond tout ce que la loi lui permettoit de donner à ſes nouveaux maris, il ne lui reſtoit plus rien à donner aux autres, &c. *Ricard.*

ARTICLE IV.

Quels enfants peuvent demander le retranchement ordonné par l'Edit.

567. Quoique ce ne ſoit qu'en faveur des enfants des précédents mariages, que l'Edit a ordonné la réduction des donations faites à des ſecond ou ultérieurs maris, ou à des ſeconde ou ultérieures femmes, & qu'en conſéquence, s'ils ſont tous prédécédés ſans poſtérité, il n'y ait pas lieu à l'Edit, comme nous l'avons vu en l'article précédent ; néan-

moins, lorſque quelqu'un des enfants ou petits-enfants des précédents mariages, a ſurvécu, & qu'il y a eu lieu à la réduction de l'Edit ; ce qui doit être retranché des donations faites aux ſeconds maris ou aux ſecondes femmes, doit appartenir non-ſeulement aux enfants des précédents mariages, en faveur deſquels la loi a ordonné ce retranchement, mais indiſtinctement à tous les enfants de la donatrice ou du donateur, de quelque mariage qu'ils ſoient nés, auſſi-bien à ceux des ſeconds & ultérieurs mariages, comme à ceux du premier mariage.

C'eſt la Juriſprudence des Provinces du Royaume qui ne ſont pas régies par le Droit écrit : elle a ſuivi en cela la diſpoſition de la loi *Quoniam*, cod. *de ſec. nupt.* préférablement à la Novelle 22, *ch.* 27, qui l'avoit abrogée. Cette Juriſprudence qui nous eſt atteſtée par Ricard & par tous les autres Auteurs, eſt fondée en une très-grande équité ; les biens qui ſont retranchés de la donation faite au ſecond mari, étant les biens de la mere commune, tous les enfants, de quelque mariage qu'ils ſoient nés, étant autant à leur mere les uns comme les autres, ils y doivent avoir un droit égal.

De-là il ſuit que le droit de faire réduire la donation faite au ſecond mari,

que les enfants du ſecond mariage n'auroient pu avoir, s'ils euſſent été ſeuls, & qu'aucun de ceux du premier lit n'eût ſurvécu, eſt ouvert à leur profit, lors de la mort de leur mere, par la ſurvie de quelqu'un des enfants, comme il l'eſt au profit de ceux du premier lit : *Nec eſt novum in jure ut quod quis ex perſonâ ſuâ non haberet, ex perſonâ alterius habeat*, ut in L. 3, §. 11, verſ. *Plane. ff.* de Bon. poſ. cont. tab.

De-là ſuit que quand même les enfants du premier mariage négligeroient ce droit, & en feroient remiſe à leur beau-pere, les enfants du ſecond mariage n'auroient pas moins action contre leur pere, pour demander leur part dans ce qui a été ou doit être retranché de la donation; car les enfants du premier mariage, en remettant leurs droits, ne peuvent remettre que la part qui leur appartient dans ce retranchement, & non celles qui appartiennent aux enfants du ſecond. *Facit. l.* 10, §. 6, ff. *d. t.*

568. Pour que les enfants, ſoit du premier, ſoit des autres mariages, puiſſent demander la réduction, il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient héritiers de leur mere, qui a fait la donation; car leur mere ayant, par la donation qu'elle a faite à ſon ſecond mari, mis hors de ſes

biens tout ce qui eſt compris dans la donation ; tout ce qui y eſt compris ne faiſant plus partie de ſes biens, lors de ſa mort, ne ſe trouve pas dans ſa ſucceſſion. Il n'eſt donc pas néceſſaire qu'ils viennent à ſa ſucceſſion pour avoir ce qui doit être retranché de la donation ; ce n'eſt pas de la loi des ſucceſſions, mais ſeulement de l'Edit des ſecondes noces, qu'ils tiennent ce retranchement : c'eſt pourquoi, ſoit que tous les enfants renoncent à la ſucceſſion, ſoit qu'il y en ait qui l'acceptent, & d'autres qui y renoncent, ils ſont tous admis à partager ce retranchement. C'eſt ce qu'enſeigne Ricard, *n.* 1301 *& ſuiv.* qui cite un Arrêt du 4 Juillet 1606, qui a jugé ſuivant ſon opinion. Renuſſon, *Tr. de la Commun. p.* 4, *ch.* 3, *n.* 80, enſeigne la même choſe.

On oppoſera peut-être que la donation faite au ſecond mari eſt nulle, juſqu'à concurrence de ce qui en doit être retranché, la femme n'ayant pu valablement donner à ſon ſecond mari plus que l'Edit ne lui permettoit. Mais, dira-t-on, ſi la donation eſt nulle juſqu'à concurrence de ce qui doit en être retranché, une donation nulle ne pouvant pas tranſférer la propriété, la propriété de ce qui doit être retranché n'a pas été tranſférée

au ſecond mari ; il eſt reſté dans les biens de la mere, & il ſe trouve par conſéquent dans ſa ſucceſſion ; il faut donc venir à ſa ſucceſſion & être héritier, pour l'y recueillir & le partager.

Je réponds que la nullité de la donation faite au ſecond mari, pour ce qui en doit être retranché, n'eſt pas une nullité abſolue qui ait empêché la tranſlation de propriété ; cette nullité n'eſt qu'une nullité relative, qui n'eſt établie qu'en faveur des enfants ; la propriété de tout ce qui eſt compris en la donation, a été transférée au ſecond mari ; l'Edit donne ſeulement aux enfants une action révocatoire pour faire retrancher de la donation ce que leur mere a donné de plus que l'Edit ne lui permettoit.

569. Quoiqu'il ne ſoit pas néceſſaire de venir à la ſucceſſion pour avoir part au retranchement, & que ce ne ſoit pas à titre d'héritiers que les enfants prennent ce retranchement, mais en leur ſeule qualité d'enfants ; néanmoins les enfants exhérédés n'y ſont pas admis, car les cauſes qui les rendent indignes des biens de la ſucceſſion de leur mere, les rendent pareillement indignes de ceux-ci. Lorſqu'un enfant eſt exhérédé par ſon pere ou par ſa mere, il eſt exclus de tous les titres auxquels la loi l'eût appellé aux

biens de ſon pere ou de ſa mere ; ce n'eſt pas ſeulement à titre d'héritier qu'il n'y peut rien prétendre, il n'y peut rien prétendre à titre de douairier : par la même raiſon, il n'y peut rien prétendre en vertu de l'Edit des ſecondes noces.

570. Il y a plus de difficulté à l'égard des filles qui, dans certaines Coutumes, ſont, par leur mariage & la dot qu'elles ont reçue, *ne fût-ce qu'un chapel de roſes*, exclues des ſucceſſions de leurs pere & mere qui les ont dotées, & pareillement à l'égard de celles qui, par leur contrat de mariage, ont renoncé à la ſucceſſion en faveur de leurs freres. Ricard, *n.* 1305 *& ſuiv.* décide qu'ils ne doivent pas être admis à partager le retranchement ordonné par l'Edit en faveur des enfants ; & il établit comme principe général, que quoiqu'il ne ſoit pas néceſſaire, pour y être admis, de venir à la ſucceſſion, il faut au moins être capable d'y venir. Sa raiſon eſt que l'Edit étant fait pour réparer en partie le préjudice que les enfants ſouffrent de la donation faite au ſecond mari, il n'y a que ceux qui ſouffrent préjudice de cette donation, qui doivent avoir part à ce retranchement qui en eſt la réparation ; or il n'y a que les enfants qui avoient droit de venir à la ſucceſſion, qui ſouffrent de

cette donation : donc il n'y a qu'eux qui doivent être admis à partager ce retranchement ; & tous ceux qui n'ont pas droit de venir à la ſucceſſion, n'y doivent pas être admis. Il appuie ſa déciſion par l'exemple du douaire ; toutes ces perſonnes qui ſont exclues de la ſucceſſion de leur pere, ne peuvent rien prétendre à titre de douaire dans ſes biens ; pourquoi pourroient-ils prétendre, en vertu de l'Edit des ſecondes noces, prendre part dans les biens retranchés de la donation faite par leur pere à une ſeconde femme ?

571. Il reſte à obſerver qu'un enfant qui, en majorité, du vivant de ſa mere, auroit approuvé la donation faite par ſa mere à un ſecond mari, & ſe ſeroit expreſſément obligé à n'y donner jamais aucune atteinte, même dans le cas auquel elle ſe trouveroit excéder ce que l'Edit permet de donner, ne laiſſeroit pas, nonobſtant cette approbation, d'être, après la mort de ſa mere, recevable à demander le retranchement de ce que cette donation contient de plus qu'il n'étoit permis à la donatrice de donner ; & ſi le ſecond mari lui oppoſoit l'approbation qu'il y a donnée, l'enfant repliqueroit que cette approbation eſt préſumée avoir été extorquée de lui par ſa mere, en fraude de l'Edit, & ne doit par con-

ſéquent être d'aucun effet ; je penſe pourtant qu'il faudroit que l'enfant ſe pourvût par lettres de reſciſion.

Mais ſi l'approbation n'a été donnée que depuis la mort de la mere, elle eſt valable ; il eſt permis à un chacun de renoncer à ſon droit.

ARTICLE V.

Quelles actions ont les enfants pour demander le retranchement ordonné par l'Edit ; & comment y procede-t-on.

572. La femme qui a des enfants d'un précédent mariage, transfere à ſon ſecond ou autre ſubſéquent mari la propriété de toutes les choſes à elle appartenantes qu'elle lui donne ; mais elle ne la transfere & ne peut la transférer qu'à la charge du retranchement que fera l'Edit lors de la mort de la femme, de ce dont la donation ſe trouvera lors excéder la part de l'un de ſes enfants qui aura la moindre part dans les biens de ſa ſucceſſion.

Le ſecond ou autre ſubſéquent mari, en recevant à cette charge les biens compris dans la donation, contracte l'obligation de rendre aux enfants cet excédent, dont l'Edit ordonne le retranchement, s'il s'en trouve lors de la mort de la donatrice.

573. C'eſt la loi qui forme cette obligation ; & de cette obligation naît aux enfants envers qui elle eſt contractée, une action qu'on peut appeller *condictio ex lege*, pour ſe faire rendre cet excédent.

Cette action eſt perſonnelle réelle, & peut être intentée contre les tiers détenteurs des biens-immeubles compris dans la donation, dans le cas auquel le ſecond mari les auroit aliénés, ſoit pour le total, ſoit pour partie ; car le ſecond mari n'ayant acquis la propriété de ces biens que ſous la charge du retranchement ordonné par l'Edit, s'il ſe trouve y devoir avoir lieu lors de la mort de la donatrice, leſdits biens ſe trouvent affectés à cette charge & à l'exécution de l'obligation qu'il a contractée par rapport à cette charge ; en conſéquence, ſuivant le principe qu'on ne peut tranſférer à d'autres plus de droit dans une choſe qu'on n'y en a : *nemo plus juris in alium transferre poteſt, quàm ipſe habet*, L. 54, ff. *de reg. jur.* le ſecond mari, qui n'a le droit de propriété des immeubles compris dans la donation, qu'à la charge du retranchement ordonné par l'Edit, ne peut le transférer qu'à cette charge à ceux qui les acquierent de lui ; ces biens ne peuvent paſſer qu'avec cette charge & avec cette affectation à tous ceux à qui ils paſſent, leſquels par conſéquent en

leur qualité de détenteurs desdits biens, sont tenus de l'action qu'ont les enfants pour l'exécution de cette charge.

574. On peut aussi donner aux enfants pour la révendication de la portion qui doit être retranchée à leur profit, une action rescisoire *utilis in rem* ; car lorsque la donation, lors de la mort de la donatrice, se trouve excéder la part d'un enfant le moins prenant dans les biens de sa succession, cette donation est *potestate legis* rescindée, jusqu'à concurrence de cet excédent, au profit des enfants ; en conséquence, la loi dépouille le second mari de la proprieté des choses données jusqu'à concurrence de cet excédent, & l'attribue aux enfants.

J'ai appellé cette action *utilis*, car selon la subtilité des principes de Droit, le domaine des choses ne passant d'une personne à une autre que par la tradition & la possession, quoique la donation faite au second mari soit rescindée par la puissance de la loi, jusqu'à concurrence de ce qu'elle excede la part de l'enfant le moins prenant, le second mari, tant qu'il demeure en possession de tous les biens, continue d'être, *secundùm subtilitatem juris*, le propriétaire de cet excédent, quoique *jam sine causa & titulo* ; & pour que les enfants, *secundùm*

civilem rationem, deviennent propriétaires en ſa place de cet excédent, il faut que le ſecond mari en ſoit dépouillé, & que les enfants en ſoient ſaiſis ; les enfants ne peuvent donc, *ſecundùm ſubtilitatem juris*, pourſuivre la reſtitution de la portion qui doit être retranchée à leur profit, que par la voie d'une action perſonnelle, telle que l'action *condictio ex lege* dont nous avons parlé, ou par celle qu'on appelle *condictio ſine cauſa*. Mais en négligeant la ſubtilité, pour ne s'attacher qu'à remplir les vues de l'Edit, auſſi-tôt qu'il y a lieu au retranchement ordonné par l'Edit, on peut regarder les enfants comme devenus déja propriétaires de la portion dans les biens donnés, que l'Edit veut être retranchée à leur profit, & leur donner en conſéquence l'action *utilis in rem*, pour la révendiquer.

Il n'importe, au reſte, que l'action qu'ont les enfants pour faire retrancher, à leur profit, de la donation faite au ſecond mari, ce qu'il y a d'exceſſif, ſoit une action perſonnelle réelle, *condictio lege*, ou une action *utilis in rem* ; l'une & l'autre ont le même effet, & dans notre Pratique Françoiſe on fait peu d'attention aux noms des actions.

575. Cette action, quelle qu'elle ſoit, eſt ouverte par la mort de la femme qui

a fait la donation à ſon ſecond mari, ou par la mort de l'homme qui a fait la donation à ſa ſeconde femme.

Pour juger ſi elle procede & s'il y a lieu au retranchement de la donation, & juſqu'à quelle concurrence, il faut liquider la ſucceſſion de la mere; faire une eſtimation de tous les biens-meubles & immeubles dont elle eſt compoſée, & liquider à quelle ſomme monte la part de l'enfant qui y prend le moins; laquelle doit ſervir de meſure à la donation faite au ſecond mari.

Cette eſtimation doit ſe faire avec le ſecond mari, qui a intérêt que les biens de cette ſucceſſion ne ſoient pas eſtimés au-deſſous de leur juſte valeur; ce qui préjudicieroit à ſa donation, & la diminueroit plus qu'elle ne doit l'être, puiſqu'elle ſe meſure ſur la valeur de la part de l'enfant le moins prenant dans cette ſucceſſion. C'eſt pourquoi, ſi l'eſtimation avoit été faite ſans lui, il ſeroit bien fondé à demander une nouvelle eſtimation.

On doit enſuite eſtimer les biens dont eſt compoſée la donation faite au ſecond mari, qu'on prétend ſujette à réduction, pour juger ſi cette donation excede le montant de la valeur de la part de l'enfant qui a la moindre part dans la ſucceſſion.

576. Ces eſtimations ſe font, eu égard à la valeur des choſes, au temps de l'ouverture de la ſucceſſion ; bien-entendu, pourvu que ce ne ſoit pas par la faute du ſecond mari donataire qu'elles ont été détériorées. Par exemple, ſi la femme avoit donné entre-vifs à ſon ſecond mari un héritage, & que depuis la donation, la plus grande partie des terres qui en dépendent, ait été enſablée par une inondation, ce qui en a conſidérablement diminué la valeur ; pour juger ſi & de combien la donation excede la part d'enfant, & ſi & pour combien il y a lieu à la réduction, cet héritage ne ſera pas eſtimé eu égard à ce qu'il valoit lors de la donation qui en a été faite au ſecond mari, mais eu égard à ce qu'il vaut lors de la mort de la femme.

La raiſon eſt, que le droit que l'Edit donne aux enfants, eſt une réparation d'une partie du préjudice que la donation faite au ſecond mari, leur cauſe dans la ſucceſſion de leur mere ; l'Edit ne permet pas que la donation leur préjudicie au-delà de la valeur de la part d'un enfant le moins prenant dans la ſucceſſion. Le préjudice que cauſe la donation aux enfants dans la ſucceſſion de leur mere, conſiſtent en ce que les héritages compris dans la donation, ne ſe trouvent

vent pas dans la ſucceſſion de leur mere, au-lieu qu'ils s'y trouveroient, s'ils n'avoient pas été donnés; la valeur de ce préjudice conſiſte donc dans la valeur de ces héritages au temps de cette ſucceſſion, qui auroient augmenté d'autant la ſucceſſion, & non dans la valeur qu'ils avoient au temps de la donation; l'eſtimation doit donc s'en faire eu égard à ce qu'ils valoient au temps de la ſucceſſion.

Par exemple, ſuppoſons qu'au temps de la donation l'héritage donné au ſecond mari eût été de la valeur de trente mille livres; que par l'accident de l'enſablement, il ſe trouve réduit à la valeur de huit mille livres; il eſt évident que la donation n'a pas cauſé aux enfants un préjudice de trente mille livres, mais ſeulement un préjudice de huit mille livres; car, quand même la donation n'auroit pas été faite, l'accident de l'enſablement des terres n'en ſeroit pas moins arrivé; l'héritage n'en auroit pas été moins réduit à la valeur de huit mille livres; la ſucceſſion ne ſe trouve donc privée, par la donation, que de huit mille livres.

Si c'étoit par la faute du donataire que l'héritage eût été dégradé, il ne devroit pas être eſtimé eu égard ſeulement à l'état de dégradation, lors de l'ouver-

ture de la ſucceſſion de la donatrice; mais eu égard à ce qu'il vaudroit, ſi les dégradations n'avoient pas été faites. Par exemple, ſi l'héritage qui a été donné au ſecond mari, lequel, par les dégradations, n'eſt que de la valeur de huit mille livres, eût été, ſans leſdites dégradations, de valeur de quinze mille livres, il doit être eſtimé cette ſomme de quinze mille livres; car ſi la donation n'avoit pas été faite, on doit préſumer que la donatrice eût conſervé en bon état ſon héritage, & que cet héritage ſe ſeroit trouvé être dans ſa ſucceſſion, de valeur de quinze mille livres; la donation a donc fait en ce cas aux enfants un préjudice de quinze mille livres dans la ſucceſſion.

577. *Vice verſâ*, lorſque l'héritage donné au ſecond mari a augmenté de valeur, il doit être eſtimé, non eu égard à ce qu'il valoit au temps de la donation, mais eu égard à ce qu'il vaut au temps de la ſucceſſion. Par exemple, ſi une femme a donné à ſon ſecond mari une maiſon dans une petite ville, qui ne valoit que trois mille livres, lors de la donation, laquelle, au moyen des manufactures qui s'y ſont établies & qui y ont fait augmenter les loyers de maiſon, ſe trouve être de valeur de cinq mille livres au temps de la mort de la donatrice, cette

maiſon doit être eſtimée cinq mille liv. car la donation fait aux enfants un préjudice de cinq mille livres dans la ſucceſſion de leur mere ; puiſque ſi elle n'eût pas été faite, cette maiſon ſe trouveroit dans la ſucceſſion, & les enfants trouveroient dans la ſucceſſion une valeur de cinq mille livres de plus qu'ils ne trouvent.

578. Lorſque c'eſt par des impenſes utiles que le donataire a faites ſur l'héritage, que le prix s'en trouve augmenté, lors de la mort de la donatrice, l'héritage ne doit être eſtimé que ce qu'il vaudroit, ſi ces impenſes n'euſſent pas été faites, & qu'il eût été laiſſé au même état auquel il étoit lors de la donation ; car ſi la donation n'avoit pas été faite, il ſe ſeroit trouvé dans cet ancien état dans la ſucceſſion, & la ſucceſſion n'eût été augmentée que de la valeur qu'il auroit eu étant dans cet ancien état ; la donation ne fait donc préjudice que de cette valeur.

579. Lorſque ce ſont des impenſes néceſſaires qui ont été faites par le ſecond mari ſur l'héritage, il ne doit pas être eſtimé que ſous la déduction deſdites impenſes ; car ces impenſes étant ſuppoſées néceſſaires, ſi la donation n'eût pas été faite, la donatrice eût été obligée de

les faire ; la ſomme qu'elle y auroit employée ſe trouveroit de moins dans ſa ſucceſſion ; c'eſt pourquoi l'héritage n'auroit augmenté ſa ſucceſſion que ſous la déduction de cette ſomme qui s'y ſeroit trouvée de moins.

Nous n'entendons parler que des groſſes impenſes ; celles d'entretien ſont une charge des fruits que le donataire perçoit, & il ne peut les répéter.

580. Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent doit s'obſerver, ſoit que le ſecond mari ait conſervé l'héritage qui lui a été donné, ſoit qu'il l'ait aliéné : on doit en l'un & l'autre cas l'eſtimer eu égard à la valeur qu'il a au temps de la ſucceſſion, quoiqu'elle ſoit au-deſſus ou au-deſſous du prix qu'il l'a vendu ; car ſoit qu'il ait conſervé cet héritage, ſoit qu'il l'ait vendu, la donation fait également préjudice aux enfants dans la ſucceſſion de leur mere, de la valeur préſente de l'héritage qui s'y ſeroit trouvé, s'il n'avoit pas été donné au ſecond mari.

Ce que nous avons dit à l'égard des impenſes utiles ou néceſſaires, a pareillement lieu, ſoit qu'il ait aliéné l'héritage, ſoit qu'il l'ait conſervé.

581. Si néanmoins la vente que le ſecond mari a faite de l'héritage qui lui a été donné, étoit une vente forcée que

la donatrice eût pareillement été obligée de faire, *putà*, pour une cauſe d'utilité publique, ou pour une cauſe de réméré, auquel l'héritage étoit ſujet, il eſt évident en ce cas, qu'il n'y auroit pas lieu à l'eſtimation de cet héritage, & qu'on ne comprendroit dans l'eſtimation de la donation faite au ſecond mari, que la ſomme qu'il a reçue, ou qui lui eſt due pour le prix de la vente forcée qu'il en a faite; car, quand même la donation n'auroit pas été faite, il ne ſe ſeroit trouvé de plus dans la ſucceſſion de la donatrice, que cette ſomme pour laquelle elle auroit été pareillement obligée de le vendre.

582. Il en eſt de même des rentes comme des héritages: une rente qu'une femme a donnée à ſon ſecond mari, doit s'eſtimer eu égard à la valeur qu'elle a lors de la mort de la donatrice, plutôt qu'eu égard à la valeur qu'elle avoit lors de la donation. Par exemple: ſi la rente qui a été donnée, étoit d'une valeur moindre que ſon capital lors de la donation, parce que la ſolvabilité du débiteur de la rente étoit alors ſuſpecte, & que depuis le débiteur, par des ſucceſſions qui lui ſont échues, étant devenu riche, la rente ſe trouve, lors de la mort de la donatrice, de la valeur de ſon principal,

elle ſera eſtimée ſuivant cette valeur; *vice verſâ*, ſi la rente qui lors de la donation étoit de la valeur de ſon capital, par le renverſement de la fortune du débiteur, ou par quelqu'autre cauſe, ſe trouve lors de la mort de la donatrice, n'être plus de la valeur de ſon capital, elle ne ſera eſtimée que ce qu'elle vaut alors, pourvu que ce ne ſoit pas par la faute du donataire ou de ſes ſucceſſeurs, qu'elle ſoit diminuée de valeur; *puta*, pour avoir laiſſé perdre les hypotheques de cette rente, faute de s'être oppoſé aux décrets des héritages hypothéqués, ou d'avoir interrompu la preſcription.

Lorſque la rente a été rembourſée, on comprend dans l'eſtimation de la donation le prix que le ſecond mari a reçu pour le rachat. Si, après la diſcuſſion des biens du débiteur, le ſecond mari n'a pu venir utilement en ordre, que pour une partie du capital, ſans qu'il y ait eu de ſa faute, on ne comprendra dans l'eſtimation de la donation que la ſomme qu'il a reçue; car, ſi la donation n'eût pas été faite, la donatrice n'auroit pareillement pu recevoir que cette ſomme: donc le donataire n'a fait préjudice aux enfants dans la ſucceſſion de la donatrice, que de cette ſomme.

583. Si le ſecond mari, lors de l'or-

dre, étoit créancier, non-seulement du principal de la rente qui lui a été donnée, mais de plusieurs arrérages courus depuis la donation; ce qu'il a reçu à l'ordre, doit se répartir par proportion, tant sur le capital de la rente qui lui appartient à la charge de la réduction de l'Edit, que sur les arrérages qui lui appartiennent parfaitement, & qui ne sont pas sujets à cette réduction.

Par exemple, s'il étoit créancier de dix mille livres pour le capital de la rente, & de cinq mille pour les arrérages, ce qui fait en total quinze mille livres, & qu'il n'ait reçu à l'ordre que sept mille cinq cent livres, qui est la moitié de cette somme; il doit être censé en avoir reçu cinq mille livres pour la moitié de son principal, & les deux mille cinq cent livres de surplus pour la moitié de ses arrérages; c'est pourquoi dans l'estimation qu'on fera de la donation qui lui a été faite de cette rente, on ne portera que la somme de cinq mille livres, comme n'ayant reçu que cette somme sur le capital de cette rente.

584. Le principe que nous avons établi jusqu'à présent, que pour régler si & jusqu'à quelle concurrence la donation faite au second mari, doit souffrir réduction, on doit estimer, eu égard au

temps de la mort de la donatrice, tant les biens compris dans la donation, que ceux de ſa ſucceſſion, eſt confirmé par le texte de la Novelle 22, *cap.* 28, où il eſt dit : *tempus illud conſiderandum eſt quo binubus moritur, & portionem indè ſumendam, & ſecundùm eam id quod plus eſt contemplantes, auferre quod tranſcendit, opportet, & filiis applicare ; in omnibus talibus, non ab initio donatione aut ſcripturâ reſpiciendâ, ſed qui vocatur eventus conſiderandus eſt.*

585. Comme c'eſt au temps de la mort de la donatrice que le droit qu'ont les enfants de demander la réduction de la donation faite au ſecond mari, devient ouvert, il s'enſuit que c'eſt préciſément à ce temps qu'on doit avoir égard pour juger s'il y a lieu à la réduction de l'Edit, & juſqu'à quelle concurrence ; c'eſt pourquoi on doit eſtimer l'héritage préciſément eu égard à la valeur qu'il avoit au temps de la mort de la donatrice : non-ſeulement donc il n'importe pas qu'il ait valu plus ou moins au temps de la donation, comme nous l'avons vu juſqu'à préſent ; mais il n'importe pas non plus que, par quelque accident ſurvenu depuis la mort, il ait augmenté ou diminué de valeur.

Par exemple, ſi l'héritage, lors de la

mort de la donatrice, qui a donné ouverture au droit des enfants, étoit de valeur de vingt mille livres, & la portion de l'enfant le moins prenant dans la succeſſion, de la valeur de quinze mille livres; quoique par une inondation ſurvenue depuis la mort de la donatrice, qui a enſablé une partie des terres de cet héritage, il ne ſoit plus que de la valeur de dix mille livres qui eſt au deſſous de celle de la portion d'enfant : néanmoins on doit conſidérer la valeur de 20000 liv. qu'il avoit au temps de la mort de la donatrice, qui eſt d'un quart plus forte que celle de la part d'enfant, & en conſéquence les enfants doivent avoir le droit de demander le retranchement à leur profit du quart de cet héritage ; le droit de demander ce retranchement qui eſt né & acquis aux enfants lors de la mort de la donatrice, ne peut pas leur être ôté; toute la perte que doit leur cauſer l'accident ſurvenu à l'héritage depuis l'ouverture de leur droit, c'eſt que le quart de cet héritage dont ils ont droit de demander le retranchement, & qui valoit lors cinq mille livres, ne vaut plus que deux mille cinq cent livres.

586. Après que, par la liquidation de la ſucceſſion de la femme qui a fait une donation à ſon ſecond mari, & de la portion

de l'enfant le moins prenant dans cette ſucceſſion, & par l'eſtimation des biens compris dans la donation, on a reconnu de combien cette donation excede le montant de la part d'enfant, *putà*, d'une moitié, d'un tiers, d'un quart; les biens compris en la donation ſe trouvant en ce cas communs entre les enfants pour la portion qui en doit être retranchée à leur profit, & le ſecond mari pour le ſurplus, on doit procéder entre le ſecond mari & les enfants au partage de ces biens, par lequel partage on délivre aux enfants, en biens de ladite donation, la portion qui en doit être retranchée à leur profit, & on laiſſe le ſurplus au ſecond mari.

Si les biens qu'on aſſigne par ce partage aux enfants pour la portion qui doit être diſtraite à leur profit, excedent le montant de cette portion, on charge ces biens d'un retour envers le ſecond mari; &, *vice verſâ*, ſi ces biens ne rempliſſent pas entiérement les enfants de la portion qui doit être retranchée à leur profit, on charge d'un retour envers eux, ceux qui ſont reſtés au ſecond mari.

Le ſecond mari & les enfants contractent réciproquement l'obligation de garantie que forme le partage entre des copartageants.

Lorſque dans une donation, dont une

portion doit être retranchée au profit des enfants, il n'y a qu'un héritage qui ne peut être commodément partagé entre les enfants pour la portion qui en doit être retranchée, & le ſecond mari pour le ſurplus; chacune des parties peut en ce cas demander la licitation.

587. Les fruits, tant civils que naturels des héritages compris dans la donation, qui ont été perçus depuis le jour du décès de la donatrice, qui eſt le jour auquel le droit des enfants a été ouvert, appartiennent auxdits enfants pour la portion deſdits biens qui doit être retranchée à leur profit; le mari, qui a perçu ces fruits avant le partage ou la licitation, leur en doit faire raiſon, *deductis impenſis.*

588. La portion qui doit être retranchée de la donation, peut être demandée, même dans les biens poſſédés par des tiers détenteurs, & que le ſecond mari a aliénés par des aliénations volontaires; les enfants ont, pour cet effet, contre ces tiers détenteurs une action, comme nous l'avons vu *ſuprà.* Néanmoins, lorſque le mari n'a aliéné qu'une partie des biens compris dans la donation, & que dans ceux qui lui ſont reſtés, il s'en trouve ſuffiſamment pour remplir les enfants de la portion entiere qui doit être retranchée de la donation, à leur profit,

il eſt équitable en ce cas, pour éviter les recours de garantie & les dommages & intérêts qu'auroient à prétendre ces tiers acquéreurs contre le ſecond mari, que les enfants ſoient remplis dans les biens reſtés au ſecond mari, de la portion qui doit être retranchée à leur profit, & qu'ils ne ſoient pas écoutés à rien demander aux tiers détenteurs.

Lorſque les enfants ſont obligés de ſe pourvoir contre les tiers détenteurs, ne reſtant pas au ſecond mari des biens compris en la donation en quantité ſuffiſante pour les remplir; ſi ces tiers détenteurs ont acquis ſans connoiſſance de la charge à laquelle ces biens étoient ſujets, étant poſſeſſeurs de bonne foi, ils ne ſont tenus des fruits de la portion dont on demande le retranchement, que depuis la demande donnée contre eux, ſauf aux enfants à ſe pourvoir pour ceux perçus auparavant la demande, & depuis le décès de leur mere, contre le ſecond mari, qui en eſt tenu perſonnellement.

589. Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent de l'eſtimation qui doit ſe faire de la valeur dont ſont les biens compris dans la donation au temps de la mort de la donatrice, du partage qui doit s'en faire entre les enfants & le ſe-

cond mari, & de l'action contre les tiers détenteurs, n'a lieu que lorſque ce ſont des biens immeubles qui ont été donnés au ſecond mari : lorſque c'eſt de l'argent, des marchandiſes, ou d'autres meubles qui ont été donnés, ſi la ſomme donnée, ou celle à laquelle montoit lors de la donation le prix des effets donnés, ſe trouve, lors de l'ouverture de la ſucceſſion de la mere, excéder la valeur de la part de l'enfant le moins prenant, les enfants ſont créanciers du ſecond mari pour la reſtitution de cet excédent ; leur créance n'eſt qu'une ſimple créance d'une ſomme d'argent contre le ſecond mari, avec hypotheque ſur ſes biens, du jour de la donation par laquelle il eſt cenſé s'être tacitement obligé à la reſtitution de cet excédent. Les enfants n'ont aucune action contre les tiers détenteurs d'aucuns des meubles compris dans la donation que le ſecond mari auroit aliénés ; ils ont ſeulement un privilege ſur ceux qui ſont reſtés en nature au ſecond mari, pour la créance de la ſomme d'argent qu'il leur doit.

la portion retranchée, le dro
theque qu'il y avoit donné à
ciers, a été pareillement étein
pas pu leur donner plus de droi
avoit lui-même; c'eſt le vrai
regle, *Soluto jure dantis, ſolv*
cipientis; la réſolution du dr
cond mari ſur la portion retr
fait *ex causâ antiquâ neceſſariâ*
contractui, puiſque la donati
pu lui être faite que ſous la
cite du retranchement qui a eu
réſolution doit donc entraîner
hypotheques, & de tous les a
réels qu'il auroit pu impoſer
tion retranchée.

592. Il ſuit auſſi de notre
que la part qu'un enfant a eue
tion retranchée de la donatio
ſa mere au ſecond mari, ne d
imputée ſur ſa légitime: *Finge*
me a fait une donation à ſon ſe
qui monte à vingt mille livr
laiſſé encore quarante mille
ſa ſucceſſion; elle a deux enf
a fait l'aîné légataire univerſel.
la légitime à laquelle le puîné
réduit par ce legs univerſel, i
par fiction une maſſe, tant d
mille livres qui ſont reſtées d
ceſſion, que des vingt mille

ſecond mari, laquelle montera à ſoixante mille livres; la légitime du puîné, dans cette maſſe, eſt de quinze mille livres. La donation de vingt mille livres faite au ſecond mari, étant plus forte de cinq mille livres que la portion de l'enfant légitimaire, elle doit ſouffrir retranchement de cette ſomme de cinq mille liv. Lorſque le puîné voudra prendre en entier, dans les biens délaiſſés par ſa mere, les quinze mille livres qui lui appartiennent pour ſa légitime, l'aîné ne pourra pas l'en empêcher, en lui oppoſant qu'il doit imputer ſur ſa légitime la part qu'il a dans les cinq mille livres retranchées de la donation du ſecond mari; car cet enfant légitimaire ne tient que de la loi ce qu'il en a eu; il ne le tient pas de ſa mere, qui, bien-loin de le lui donner, le lui a voulu ôter, en le donnant à ſon ſecond mari. Ricard, *p.* 3, *n.* 1312.

593. La portion retranchée n'étant point partagée entre les enfants à titre de ſucceſſion, le fils aîné héritier de ſa mere a-t-il droit de prétendre ſon droit d'aîneſſe dans les biens nobles qui ſe trouvent dans la portion retranchée? La queſtion ſouffre difficulté: il y a lieu de ſoutenir que l'aîné eſt fondé. Le retranchement que fait l'Edit de ce qu'il y a d'exceſſif dans la donation faite au ſecond

mari, eſt, comme nous l'avons déja dit ailleurs, une réparation du préjudice que la donation faite au ſecond mari, apporte aux enfants; d'où il ſuit que le préjudice que l'aîné a ſouffert dans la ſucceſſion de ſa mere, de la donation des biens féodaux faite au ſecond mari, dans leſquels il auroit eu une plus grande part que ſes freres & ſœurs, étant plus grand que celui qu'ont ſouffert ſes freres & ſœurs; il eſt naturel qu'il ait une plus grande part dans le retranchement, qui eſt la réparation de ce préjudice; la part dans la réparation, devant être proportionnée au préjudice ſouffert. Il paroît que c'étoit le ſentiment de Ricard: on peut pour cela tirer argument de ce que cet Auteur décide, *p.* 3, *n.* 1390, que l'aîné prend droit d'aîneſſe dans les biens que la femme eſt tenue de réſerver aux enfants de ſon premier mariage par le ſecond chef de l'Edit, quoiqu'ils n'y aient droit qu'en leur qualité d'enfants, & que ces biens ne ſoient proprement ni de la ſucceſſion de leur mere, ni de celle de leur pere; il y a même raiſon pour le décider à l'égard des biens retranchés, en vertu du premier chef.

594. Il reſte ſur le partage de la portion retranchée, la queſtion de ſçavoir, ſi le ſecond mari doit être admis à la

partager, & à y prendre la même part que celle qu'y prendra l'un des enfants. La Gloſe ſur la loi *Hac edictali*, paroît décider pour l'affirmative; c'eſt auſſi l'avis de Renuſſon, *Traité de la Commun.* IV, III, 67. La raiſon de ces Auteurs eſt, que lorſque l'Edit déclare que les femmes ne pourront donner à leurs ſeconds maris plus qu'à l'un des enfants le moins prenant, l'intention du Légiſlateur eſt, que le ſecond mari ne puiſſe avoir plus que l'un des enfants le moins prenant; mais elle n'eſt pas qu'il ait moins: néanmoins ſi le ſecond mari n'étoit pas reçu à partager avec les enfants la portion retranchée, il ſe trouveroit qu'il auroit moins que l'enfant le moins prenant; car cet enfant a déja dans les biens reſtés à la mere, & qui ſe trouvent dans ſa ſucceſſion, autant comme a le ſecond mari dans ce qui lui reſte de la donation qui a été réduite à cette part; ſi cet enfant, outre cela, prenoit une part dans la portion de biens qui a été retranchée de la donation, ſans que le ſecond mari fût admis à prendre une pareille part, le ſecond mari auroit moins que cet enfant, qui auroit de plus que lui ſa part dans la portion retranchée. Ricard, qui traite la queſtion, *p.* 3, *n.* 1319, *& ſuiv.* eſt d'avis, nonobſtant ces raiſons, que le ſecond mari

ne doit point être admis à partager avec les enfants la portion retranchée de la donation ; il ſe fonde ſur les termes de la loi *Hac edictali*, §. 6, *verſ. ſin. verò*, où il eſt dit : *Id quod relictum, vel donatum, vel datum fuerit, tanquam non ſcriptum, nec derelictum, vel donatum, vel datum ſit, ad perſonas deferri liberorum ; & inter eos dividi jubemus.* Les Empereurs n'appellent point le ſecond mari au partage de cette portion qui doit être retranchée de ſa donation.

Ricard ſe fonde auſſi ſur la Novelle 22, *cap.* 27, dont les termes ſont encore plus formels ; il y eſt dit : *Quod plus eſt in eo quod relictum, aut datum eſt, aut noverca, ac vitrico, ac ſi neque ſcriptum, neque relictum, aut datum, vel donatum, competit filiis, & inter* EOS SOLOS, *ex æquo dividitur ut oportet.*

Les textes de ces loix doivent ſervir d'interprétation au premier chef de l'Edit qui a été tiré de ces loix, leſquelles ſont expreſſément approuvées par le préambule de l'Edit, en ces termes : *A QUOI* les anciens Empereurs ont voulu pourvoir par pluſieurs bonnes loix & conſtitutions, & nous avons *LOUÉ ET APPROUVÉ* icelles loix, &c.

A l'égard de la raiſon apportée pour l'opinion contraire, Ricard répond, en convenant que l'Edit défend ſeulement à

la femme de donner à ſon mari *plus* qu'à l'un de ſes enfants le moins prenant dans ſa ſucceſſion, qu'elle lui permet de lui en donner autant; mais que s'enſuit-il? Rien autre choſe, ſinon que toutes les fois qu'une donation faite au ſecond mari, n'excédera pas la part que l'enfant le moins prenant a droit de prétendre dans la ſucceſſion; cette donation ſera valable, & ne ſera ſujette à aucune réduction.

Mais il ne s'enſuit pas que lorſque la femme aura contrevenu à l'Edit, en faiſant à ſon ſecond mari une donation plus forte qu'il ne lui étoit permis, ce qu'elle lui a donné de plus qu'il ne lui étoit permis, ne doive être, par forme de peine de ſa contravention, retranché de la donation, & appliqué à ſes enfants ſeuls, comme le dit la Novelle; on peut même dire qu'en ce cas, l'enfant le moins prenant n'a de ſa mere rien de plus que le ſecond mari; car ce qu'il a dans les biens retranchés de la donation, il ne le tient que de la loi; il ne le tient pas de ſa mere, qui au contraire a voulu l'en dépouiller, pour le donner au ſecond mari.

ARTICLE VII.

Des Donations de part d'Enfants.

595. Il arrive ſouvent qu'une perſonne qui convole en ſecondes noces, a

lieu de donner à ſa ſeconde femme ou à ſon ſecond mari, de certains effets déterminés, ou une certaine ſomme d'argent, lui donne par ſon contrat de mariage, en termes généraux, *une part d'enfant.*

Ces donations de part d'enfant ne ſont pas proprement des inſtitutions contractuelles d'héritier; car le ſecond mari donataire d'une part d'enfant, ne prend pas à titre d'héritier la part qui lui eſt donnée dans les biens de la ſucceſſion de ſa femme; il n'eſt pas héritier de cette part, il n'en eſt que donataire, & en conſéquence il n'eſt pas tenu indéfiniment & *ultra vires* pour cette part, des dettes de la ſucceſſion, comme l'eſt un héritier; il n'en eſt tenu que juſqu'à concurrence de la part des biens dont il eſt donataire, qu'il peut abandonner pour ſe décharger de la part des dettes dont il eſt tenu en ſa qualité de donataire.

Quoique les donations d'une part d'enfant ne ſoient pas proprement des inſtitutions contractuelles d'héritier, elles tiennent néanmoins beaucoup de ces inſtitutions contractuelles; comme elles, elles deviennent caduques par le prédécès du donataire avant la donatrice ou le donateur. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 13 Avril 1688, rapporté par Renuſſon, en ſon Traité de la Communauté, *p.* 42, *ch.* 3, *n.* 72, & au Journal du

Palais. La raiſon eſt que la part d'enfant dans la ſucceſſion de la donatrice, qui fait l'objet de la donation, eſt une choſe qui ne commence à exiſter que lorſqu'il y a une ſucceſſion, c'eſt-à-dire, lors de la mort de la donatrice: le donataire avant ce temps n'a qu'un droit informe; il ne peut avoir un droit formé à une choſe qui n'exiſte pas encore; par conſéquent, lorſqu'il meurt avant la donatrice, n'ayant encore alors acquis ni pu acquérir aucun droit à la choſe donnée qui n'exiſtoit pas encore, il n'y a rien qu'il ait pu tranſmettre à ſes héritiers. Les donations étant faites à la perſonne du donataire que le donateur a eu ſeul en vue, le droit qui réſulte d'une donation ne peut ſe former qu'en la perſonne du donataire; lorſque le donataire meurt avant qu'il ſoit formé, il ne peut plus ſe former après ſa mort en la perſonne de ſes héritiers, puiſqu'ils ne ſont pas les perſonnes à qui la donation a été faite.

En cela une donation de *part d'enfant* eſt très-différente de celle d'un corps certain ou d'une ſomme déterminée. Le ſecond mari acquiert par ſon contrat de mariage, le droit de propriété du corps certain ou le droit de créance de la ſomme que ſa femme lui a donnée; & il tranſmet dans ſa ſucceſſion, lorſqu'il pré-

décede, ce droit de propriété ou de créance qui lui a été acquis.

596. De même que dans les inſtitutions contractuelles qui ſont faites par contrat de mariage de l'un des futurs époux, on ſuppoſe une ſuppoſition vulgaire tacite des enfants nés de ce mariage, pour recueillir la ſucceſſion à la place de l'inſtitué, dans le cas auquel il prédécéderoit; on ſuppoſe de même dans une donation de part d'enfant faite par contrat de mariage au ſecond mari, une ſubſtitution vulgaire tacite au profit des enfants qui naîtront du mariage, pour recueillir la donation de part d'enfant, en cas de prédécès du ſecond mari donataire; c'eſt l'avis de Renuſſon, *ibid. nomb.* 73. Comme cette opinion de Renuſſon pourroit peut-être ſouffrir quelque difficulté, les donations de part d'enfant n'étant pas favorables, il eſt plus sûr d'exprimer cette ſubſtitution dans le Contrat de mariage.

597. Le ſecond mari (ou la ſeconde femme) donataire d'une part d'enfant, a droit de prendre cette part dans tous les biens de la ſucceſſion de la donatrice, ſoit meubles, ſoit immeubles, ſoit acquêts, conquêts ou propres, ſauf néanmoins dans certains biens mentionnés dans le ſecond chef de l'Edit, & dans les,

les extenſions que quelques Coutumes y ont faites, dont nous traiterons dans les ſections ſuivantes, dans leſquelles le ſecond mari ou la ſeconde femme donataire de part d'enfant, ne peuvent prendre aucune part.

La part du ſecond mari donataire de part d'enfant, ſe regle ſur le nombre des enfants qui ſe trouvent appellés à la ſucceſſion lors de la mort de la donatrice: par exemple, s'il y en a ſix, la part du ſecond mari ſera un ſeptieme.

598. Lorſque la donatrice eſt morte ſans laiſſer d'enfants, ceux qu'elle avoit étant tous prédécédés, quoique la donation qu'elle auroit faite à ſon ſecond mari de tous ſes biens, eût été en ce cas valable; néanmoins lorſque c'eſt *une part d'enfant* qu'elle lui a donnée, le donataire *de part d'enfant* ne peut pas prétendre le total des biens de la donatrice, car une *part* n'eſt pas le total.

Quelle ſera donc la part qui ſera cenſée en ce cas faire l'objet de la donation? Ricard, *p.* 3, *n.* 1281, penſe qu'en ce cas, la part que doit avoir le ſecond mari donataire de part d'enfant, eſt la moitié de tous les biens indiſtinctement quels qu'ils ſoient: ſon avis eſt fondé ſur ce que le terme *part*, lorſqu'il eſt indéfini, ſe prend dans le langage ordinaire

pour la moitié : *Partis appellatio non adjectâ quotâ, dimidia intelligitur.* L. 164, §. 1, ff. *de verb. ſignif.* Deniſart cite un Arrêt de 1763, qui l'a jugé.

599. Lorſque la donatrice n'a laiſſé qu'un fils unique, ce fils, dans le partage des biens féodaux qu'il fait avec le ſecond mari donataire de part d'enfant, doit-il avoir un droit d'aîneſſe tel qu'il l'auroit eu s'il eût partagé la ſucceſſion avec un autre enfant ? Pour la négative, on peut dire que le droit d'aîneſſe dans une ſucceſſion, étant l'avantage que la loi donne à l'aîné ſur ſes freres & ſœurs, il ne peut y avoir de droit d'aîneſſe, lorſqu'il n'y a qu'un enfant unique. On dit au contraire pour l'affirmative, qu'une donation de part d'enfant eſt la donation de la part qu'auroit eu un autre enfant, ſi la donatrice en eût laiſſé un autre que celui ou ceux qu'elle a laiſſé ; or un autre enfant n'auroit eu que le titre des biens nobles, après qu'on en auroit prélevé le manoir & le vol du chapon ; le ſecond mari n'en doit donc pas avoir davantage.

600. Lorſque la donatrice n'a laiſſé que deux enfants, un aîné & un puîné, la part que le ſecond mari doit avoir dans les biens nobles que la donatrice a laiſſés à ſon décès, après qu'on en a préle-

vé le manoir & le vol du chapon, doit être le quart, 1°. parce que c'eſt la part qu'eût eu un autre enfant, s'il y en eût eu un de plus ; 2°. parce qu'en aſſignant au ſecond mari cette portion, la loi qui regle la part du ſecond mari à celle de l'enfant le moins prenant dans la ſucceſſion, & la loi qui attribue à l'aîné les deux tiers dans les biens nobles de la ſucceſſion, outre le manoir & le vol du chapon, lorſqu'il n'y a que deux enfants, ſe trouvent l'une & l'autre exécutées ; c'eſt ce qu'il eſt facile de faire voir.

Il faut obſerver pour cela que la ſucceſſion de la mere dans les biens nobles par elle délaiſſés à ſon décès, n'eſt compoſée que de ce qui en reſte après diſtraction faite de la portion donnée dans leſdits biens au ſecond mari ; car ce qui a été donné, ne fait plus partie de la ſucceſſion de la mere : en faiſant donc dans les biens nobles délaiſſés par la donatrice, la diſtraction du quart pour la portion donnée au ſecond mari, il ne ſe trouvera plus dans la ſucceſſion de la mere qui eſt à partager entre ſes deux enfants, que les trois quarts deſdits biens nobles à partager entre l'aîné & le puîné : l'aîné en prend les deux tiers qui font deux quarts ou la moitié au total, le puîné prend l'autre tiers de ces trois quarts, qui

eſt un quart au total ; laquelle part du puîné ſe trouve égale à celle du ſecond mari.

601. Il y a plus de difficulté ſur la fixation de la portion d'enfant dans les biens nobles, lorſque la donatrice a laiſſé plus de deux enfants. Par exemple, je ſuppoſe que la donatrice a laiſſé cinq enfants, un aîné & quatre puînés ; doit-on dire tout uniment que la portion d'enfant du ſecond mari donataire, doit être celle qu'y auroit eu un ſixieme enfant, c'eſt-à-dire, un cinquieme en la moitié, qui eſt un dixieme au total ? Cette déciſion a un inconvénient. La portion que le ſecond mari donataire d'une part d'enfant, prend dans les biens délaiſſés par la donatrice à ſon décès, ne fait pas partie de la ſucceſſion de la donatrice ; cette portion en a été diſtraite par la donation qui en a été faite au donataire ; & la ſucceſſion de la donatrice n'eſt proprement compoſée que de ce qui reſte des biens délaiſſés par la donatrice à ſon décès, après diſtraction faite de la portion donnée au ſecond mari : ayant donc diſtrait un dixieme des biens nobles délaiſſés par la donatrice à ſon décès pour la portion donnée au ſecond mari, la ſucceſſion n'eſt plus compoſée que des neuf dixiemes deſdits biens nobles. En donnant cinq di-

xiemes à l'aîné dans les neuf dont la ſucceſſion eſt compoſée, & un dixieme à chacun des quatre puînés, l'aîné ſe trouvera avoir plus de la moitié des biens nobles dont la ſucceſſion eſt compoſée, outre le manoir & le vol de chapon; ce qui eſt contraire à la loi des fiefs ſur le droit d'aîneſſe, qui ne donne à l'aîné que la moitié, outre le manoir & le vol de chapon, lorſqu'il y a plus de deux enfants.

Le ſyſtême qui donne au ſecond mari donataire de part d'enfant, préciſément & tout uniment, la même part qu'eût eu un autre enfant, s'il y en eût eu un de plus, ſouffre encore un autre inconvénient, en ce qu'il fait porter aux puînés ſeuls, tout le préjudice qui réſulte de la donation, ſans que l'aîné en porte rien; ce qui eſt contraire à un autre principe de la matiere du droit d'aîneſſe, qui eſt qu'un aîné ne peut, à la vérité, ſouffrir des donations des biens nobles qui ſont faites à ſes puînés; mais il ſouffre, comme ſes puînés, des donations qui ſont faites à des étrangers, tel qu'eſt un ſecond mari; chacun des enfants en ſouffre, à proportion de la part qu'il eût eue dans les biens donnés, s'ils fuſſent reſtés dans la ſucceſſion, & n'euſſent pas été donnés; l'aîné qui en eût eu la moitié,

doit trouver cette moitié de moins dans les biens de la ſucceſſion.

Je crois avoir trouvé une maniere de fixer la portion du ſecond mari donataire de part d'enfant, dans les biens nobles que la donatrice a laiſſés à ſon décès.

Je l'ai déja expliquée dans mon Introduction *au tit.* 10 *de la Coutume d'Orléans*, *ch.* 9, *art.* 1, §. 4. Je penſe que lorſque la donatrice a laiſſé plus de deux enfants venant ou ayant droit de venir à la ſucceſſion, parmi leſquels il y a un aîné ; pour fixer & déterminer la portion que doit avoir le ſecond mari dans les biens nobles, ſuivant les Coutumes de Paris, d'Orléans, & autres ſemblables, il faut, dans les biens nobles que la donatrice a laiſſés à ſon décès, diſtraction préalablement faite du manoir & vol de chapon, faire deux fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une. Par exemple, ſi la donatrice a laiſſé cinq enfants, ſçavoir, un aîné & quatre puînés, il faut faire dans leſdits biens neuf portions, en donner une au ſecond mari ; l'aîné, dans les huit neuviemes reſtants qui compoſent la ſucceſſion, aura quatre neuviemes, ce qui fait préciſément la moitié des biens nobles dont la ſucceſſion ſe trouve compoſée ; chaque puîné aura un neuvieme, qui eſt une part égale à celle

du ſecond mari. Le préjudice que la donation d'une neuvieme portion faite au ſecond mari, porte à la ſucceſſion, eſt porté pour une moitié par l'aîné, lequel, au lieu de la moitié au total qu'il eût eue, ſi la donation n'eût pas été faite, n'a que quatre neuviemes, qui ſont un dix-huitieme de moins que la moitié; il ſouffre par-là pour moitié le préjudice que la donation du neuvieme faite au ſecond mari, fait à la ſucceſſion, le dix-huitieme étant la moitié du neuvieme. Par ce moyen tous les principes, tant ſur la matiere des donations de part d'enfant, que ſur celles du droit d'aîneſſe, ſe trouvent conciliés.

On peut faire une opération ſemblable dans les Coutumes qui donnent à l'aîné une portion plus grande que dans celle de Paris; par exemple, dans celles qui donnent les deux tiers à l'aîné, il faudra faire trois fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une: s'il y a cinq enfants, un aîné & quatre puînés, il faudra faire treize portions; donner au ſecond mari un treizieme; & des douze treiziemes reſtants, en donner huit treiziemes à l'aîné, & un à chaque puîné.

602. Le ſecond mari n'a la portion fixée par ces opérations, que lorſque la donatrice a laiſſé à chacun de ſes enfants la

portion que la loi leur défere ; ſi elle les avoit réduits, ou l'un d'eux, à une moindre portion, celle du ſecond mari, qui ne peut pas l'excéder, diminueroit d'autant ; par exemple, ſi une femme qui a donné part d'enfant à ſon ſecond mari, avoit, dans la Coutume de Paris, laiſſé une ſucceſſion de biens nobles & cinq enfants, & qu'elle eût réduit chacun de ſes quatre puînés, ou ſeulement l'un d'eux, à ſa légitime, qui eſt un ſeizieme au total, moitié du huitieme que chacun des quatre puînés eût eu, s'il n'y avoit eu aucune donation de faite ; la portion du mari ne ſera pareillement que d'un ſeizieme.

603. Il reſte une queſtion ſur le partage qui eſt à faire entre les enfants & le ſecond mari donataire d'une part d'enfant. Je ſuppoſe qu'une femme laiſſe deux enfants & le ſecond mari donataire de part d'enfant : il reſte de net, dans les biens par elle délaiſſés à ſon décès, ſoixante mille livres ; cette femme, depuis la donation faite au ſecond mari, avoit fait donation à l'un de ſes enfants d'une ſomme de quinze mille livres, qu'elle lui avoit payée comptant : ſuffit-il, pour remplir le ſecond mari de ſa part d'enfant, de lui délivrer le tiers des biens que la femme a laiſſés à ſon décès ? Le ſecond mari peut-il, en

outre, prétendre ſa part dans les quinze mille livres que l'enfant donataire eſt obligé de rapporter à la ſucceſſion ? Pour la négative, on dira que le rapport n'eſt établi qu'en faveur des cohéritiers, pour conſerver l'égalité entr'eux ; l'enfant donataire ne le doit qu'à ſon cohéritier ; le ſecond mari, qui eſt un donataire étranger, n'y peut donc rien prétendre. Néanmoins il faut décider que lorſque les donations faites aux enfants ſont poſtérieures à celle qui a été faite au ſecond mari ; le ſecond mari doit y prendre part. La raiſon eſt que cette donation faite au ſecond mari, étant une donation irrévocable, il ne doit pas être au pouvoir de la femme de la détruire, d'y donner atteinte, d'en anéantir ou même d'en diminuer l'effet par des donations qu'elle feroit depuis à ſes enfants : il eſt donc néceſſaire, pour empêcher la donatrice d'y donner atteinte, de faire rapporter au profit du ſecond mari, auſſi-bien que de ſes cohéritiers, & de donner au ſecond mari la part qu'il y auroit eue, ſi les donations n'euſſent pas été faites. C'eſt un point jugé par un Arrêt du 2 Avril 1683, rapporté *au Journal des Audiences*.

SECTION II.

Du ſecond Chef de l'Edit.

604. Par le ſecond Chef de l'Edit de François II, il eſt défendu aux femmes de rien donner à leur ſecond mari des avantages qu'elles ont eu de leur précédent mariage; & il eſt pareillement défendu aux hommes de rien donner deſdites choſes à leur ſeconde femme.

Voici les termes de l'Edit: « Au regard des biens à icelles veuves acquis » par dons & libéralités de leurs défunts » maris, icelles n'en peuvent & ne pourront faire part à leur nouveau mari; » ains, elles ſeront tenues les réſerver » aux enfants communs d'entr'elles & » leur mari, de la libéralité deſquels » iceux biens leur ſeront advenus; le » ſemblable voulons être gardé ès biens » qui ſont venus aux maris par dons & » libéralités de leurs défuntes femmes, » tellement qu'ils n'en pourront faire » don à leur ſeconde femme; mais ſeront tenus les réſerver aux enfants » qu'ils auront eu de leur premiere ».

Cette ſeconde diſpoſition de l'Edit eſt tirée de la conſtitution des Empereurs Gratien, Valentinien & Théodoſe en la

Loi *Fœminæ 3*, cod. *de ſec. nupt.* où il eſt dit : *Fœminæ quæ ſuſceptis ex priore matrimonio filiis ad ſecundas tranſierunt nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum, ſponſalium jure, etiam ex nuptiarum ſolemnitate perceperunt, aut quidquid mortis cauſâ donatum, aut teſtamento..... vel cujuſlibet munificæ liberalitatis præmio ex bonis priorum maritorum fuerint aſſecutæ; id totum, ita ut perceperint, integrum ad filios quos ex præcedente conjugio habuerint, tranſmittant, vel ad quemlibet ex filiis (prioris matrimonii)..... habeant facultatem poſſidendi tantùm, atque fruendi in diem vitæ, non etiam facultate alienandi conceſſâ.*

Par la Loi 5, *cod. d. tit.* Théodoſe & Valentinien étendent aux hommes qui convolent en ſecondes noces, ce qui avoit été ordonné, à l'égard des femmes, par la Loi précédente ; ils ordonnent en conſéquence, que les hommes qui convolent en ſecondes noces, ſoient tenus de conſerver aux enfants de leur premier mariage, les biens qui leur ſont parvenus de leur femme par leur premier mariage ; ils en attribuent même expreſſément la propriété auxdits enfants : *Dominium rerum quæ liberis per hujus legis, vel præteritarum auctoritatem ſervantur, ad liberos pertinere decernimus; itaque defuncto eo qui eas res*

liberis ſervabat extantes..... vindicabunt, conſumptas ab heredibus ejus exigent. Ils permettent néanmoins encore par cette loi, au parent qui s'eſt remarié, de diſtribuer à ſon gré leſdits biens aux enfants de ſon premier mariage, auxquels il eſt tenu de les conſerver.

Juſtinien, par ſes Novelles 2, *cap.* 1, & 22, *cap.* 25, a privé le parent, qui s'étoit remarié, du droit de diſtribuer à ſon choix, entre les enfants du premier mariage, les biens qu'il eſt tenu de leur réſerver.

Pour traiter avec ordre ce qui concerne le ſecond chef de l'Edit, nous verrons dans un premier article quels ſont les avantages des précédents mariages qui ſont ſujets à la diſpoſition de l'Edit : nous traiterons, dans un ſecond, de l'eſpece de ſubſtitution légale, dont l'Edit charge la femme ou l'homme qui ont paſſé à de ſecondes noces, par rapport aux biens provenus deſdits avantages : nous verrons, dans un troiſieme, quels ſont les enfants qui ſont appellés à recueillir cette ſubſtitution ; enfin, dans un quatrieme, nous verrons quand elle s'éteint.

ARTICLE PREMIER.

Quels avantages du premier mariage ſont ſujets au ſecond chef de l'Edit.

605. Quoique l'Edit ſe ſerve de ces termes : au regard des biens à icelles veuves acquis par *dons & libéralités* de leurs défunts maris ; néanmoins nous ne comprenons pas ſeulement dans cette ſeconde diſpoſition de l'Edit, ce qu'une femme a acquis à titre de donation formelle & proprement dite, à elle faite par ſes précédents maris ; mais encore tout ce qui lui eſt provenu des avantages réſultants des conventions matrimoniales de ſes précédents mariages, & en général tous les biens dont ſes précédents maris ont diſpoſé directement ou indirectement à ſon profit, à titre gratuit.

D'après ce principe, on peut entrer dans le détail des différents avantages qui doivent être ſujets au ſecond chef de l'Edit.

606. On demande ſi ce qu'une femme a eu en propriété des biens de ſon premier mari à titre de douaire, y eſt entiérement ſujet, ou ſeulement juſqu'à concurrence de ce qu'il excéderoit la valeur du coutumier. La raiſon de douter

eſt que c'eſt la loi qui donne aux femmes un douaire ; celui qu'un mari donne à une femme, n'eſt, juſqu'à la concurrence de la valeur du douaire coutumier, qu'un équivalent de celui que la loi lui donne, & n'eſt pas proprement ni un don ni une libéralité qu'il lui fait ; qu'en conſéquence on a décidé, à l'égard du premier chef de l'Edit, que le douaire qu'un homme donnoit à ſa ſeconde femme, n'étoit ſujet à la réduction du premier chef de l'Edit que juſqu'à concurrence de ce qu'il excéderoit le coutumier. Nonobſtant ces raiſons, il faut décider avec Ricard, *Part. III, nomb.* 1343, que les biens qu'une femme a eu à titre de douaire de ſon premier mari ſont ſujets au ſecond chef de l'Edit, & qu'ils doivent être réſervés en entier aux enfants du premier mariage ; le douaire que la loi donne aux femmes n'eſt qu'un uſufruit ; ce n'eſt donc pas de la loi, c'eſt de ſon premier mari que la femme tient la propriété des biens qu'il lui a donnés à titre de douaire, & c'eſt à un titre gratuit, puiſqu'elle n'a rien donné du ſien pour les avoir ; ce qui ſuffit, ſuivant notre principe, pour qu'ils ſoient compris dans la réſerve du ſecond chef de l'Edit.

Lorſque le douaire conſiſte en uſufruit,

il eſt évident qu'il ne peut pas réſerver après ſa mort, aux enfants de ſon premier mariage, ce qui s'éteint par ſa mort.

607. Le préciput conventionnel, accordé à la femme par le contrat de ſon premier mariage, eſt auſſi un avantage ſujet au ſecond chef de l'Edit, pour la moitié, en cas d'acceptation de communauté. Si elle a eu un préciput en renonçant à la communauté, ce préciput, en ce cas, eſt un avantage pour le total, & eſt ſujet pour le total à la réſerve du ſecond chef de l'Edit.

Pareillement, le préciput de l'homme eſt, pour la moitié, un avantage qu'il eſt cenſé avoir eu dans les biens de ſa défunte femme, ſi les enfants ont accepté la communauté; s'ils y ont renoncé, il n'y a plus de préciput.

Il en eſt autrement du préciput légal que quelques Coutumes accordent aux nobles; le ſurvivant ne tient rien à cet égard du prédécédé, ni des biens du prédécédé; c'eſt un avantage purement légal que la loi lui donne au partage de la communauté, qui ne peut par conſéquent être ſujet à la réſerve de l'Edit. *Ricard, p. 3, n. 1340 & 1341.*

608. L'avantage qui réſulte à une femme de ce que ſon défunt mari a ap-

porté plus qu'elle à la communauté, paroît auſſi, lorſqu'elle l'a accepté, être un avantage ſujet au ſecond chef de l'Edit, pour la moitié de ce qu'il a apporté de plus qu'elle.

Il en eſt de même de celui qui réſulte à l'homme de ce que ſa défunte femme a apporté de plus que lui en communauté ; c'eſt un avantage pour la moitié, ſi les enfants ont accepté la communauté, & même pour le total, lorſqu'ils y ont renoncé, & qu'il n'y avoit pas clauſe de repriſe de cet apport à leur profit. *Ricard*, 1347.

609. Suivant la Loi 3, §. 1, *cod. de ſec. nupt.* les biens qu'une femme qui a convolé en ſecondes noces recueilloit des ſucceſſions de quelqu'uns de ſes enfants de ſon premier mariage, devoient être par elle réſervés aux autres enfants de ſon premier mariage ; la loi ne lui en laiſſoit que la jouiſſance. Théodoſe le jeune & Valentinien II, par la Loi *ad SC. Tertull.* avoient reſtreint cette Loi, en ne comprenant pas dans la réſerve, généralement tous les biens que la mere avoit eu deſdites ſucceſſions, mais ſeulement ce que les enfants auxquels elle avoit ſuccédé, avoient eu du bien de leur pere.

Juſtinien, après avoir aboli ce droit

par ſa Novelle 2, *cap.* 3, l'avoit rétabli par ſa Novelle 22, *cap.* 46; mais ſeulement pour le cas auquel la mere avoit ſuccédé *ab inteſtato* à ſes enfants, *ſecùs*, lorſque la ſucceſſion étoit une ſucceſſion teſtamentaire.

Nous n'avons pas admis en pays coutumier cette réſerve des biens auxquels la femme qui a convolé en ſecondes noces a ſuccédé à quelqu'un de ſes enfants du premier mariage: quoiqu'ils viennent du premier mari par le canal de cet enfant, elle ne les tient point de ſon premier mari, elle ne les tient point de ſon premier mariage; le titre de ſucceſſion auquel ils lui ſont échus, eſt un titre tout différent; c'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt cité par Ricard, *n.* 1363, rendu *conſultis claſſibus.*

610. Il en eſt de même des biens-meubles de la ſucceſſion du premier mari, que ſa veuve, qui a convolé en ſecondes noces, a eu en qualité de gardienne noble des enfants de ſon premier mariage; ils ne ſont point ſujets à la réſerve de l'Edit; cette femme ne les tient pas de ſon premier mari; elle ne les a pas recueillis comme biens de ſon premier mari, mais comme biens de ſes enfants qui lui appartenoient à titre de garde noble.

La même déciſion a lieu à l'égard du

ARTICLE II.

De l'eſpece de ſubſtitution légale dont l'Edit charge la femme ou l'homme qui ſe remarient.

613. L'Edit ordonne, à l'égard des biens acquis par les veuves des dons & des libéralités de leurs défunts maris, *qu'elles ſeront tenues de les réſerver aux enfants communs d'entr'elles & leurs maris, de la libéralité deſquels leſdits biens leur ſeront advenus.*

Par ces termes, *ſeront tenues les réſerver*, l'Edit charge la femme d'une eſpece de ſubſtitution fidéi-commiſſaire envers les enfants de ce mariage.

La Loi feint, en faveur deſdits enfants, que le premier mari n'a donné à ſa femme les biens qu'il lui a donnés, que ſous la condition tacite qu'au cas auquel elle convoleroit à un autre mariage, elle ſeroit tenue de les reſtituer après ſa mort à leurs enfants communs. La ſuppoſition de cette charge eſt fondée ſur ce qu'il y a lieu de préſumer que, ſi le premier mari eût prévu que ſa femme ſe remarieroit, il auroit appoſé cette charge à ſa donation, & n'auroit pas voulu ſouf-

frir que la femme pût faire paſſer dans des familles étrangeres, au préjudice de leurs enfants communs, aucune choſe de ce qu'il lui donnoit.

Quid, ſi le premier mari avoit expreſſément permis à ſa femme de diſpoſer librement des choſes qu'il lui avoit données, & qu'il eût, pour cet effet, déclaré qu'il lui faiſoit remiſe des peines de l'Edit des ſecondes noces ? Il a été jugé par un Arrêt rendu en forme de Réglement, cité par Deniſart, que ces remiſes des peines de l'Edit étoient nulles, & n'avoient aucun effet ; c'eſt pourquoi, même en ce cas, la femme qui ſe remarie eſt cenſée chargée de reſtituer après ſa mort, aux enfants de ſon premier mariage, tout ce qu'elle a eu de la libéralité de ſon premier mari ; ſi ce n'eſt pas lui en ce cas qui l'en a chargée, c'eſt la loi qui l'en charge à ſa place, & qui ſupplée à ce que le devoir de la piété paternelle pour ſes enfants exigeoit qu'il fît pour eux.

Ces termes, *ſeront tenus les réſerver*, donnent auſſi à entendre que l'Edit n'a pas intention de dépouiller de ſon vivant la femme qui a convolé en ſecondes noces, des biens qui lui ſont venus de ſon premier mari, & qu'il ſe contente

de la charger ; par rapport auxdits biens, d'une ſubſtitution qui ne doit être ouverte que lors de ſa mort.

Cette femme demeure donc juſqu'à ſa mort, qui doit donner ouverture à la ſubſtitution, propriétaire des biens compris dans cette ſubſtitution légale ; les enfants du premier mariage, au profit deſquels elle eſt faite, n'y ont, juſqu'à ce temps, aucun droit ; c'eſt pourquoi ceux qui prédécedent leur mere, n'en peuvent rien tranſmettre dans leur ſucceſſion.

Lors de la mort de la femme qui donne ouverture à cette eſpece de ſubſtitution, les enfants du premier mariage recueillants ces biens, en vertu de cette ſubſtitution légale, ſont cenſés les tenir, non de leur mere, mais de leur pere qui eſt cenſé avoir fait tacitement à leur profit cette ſubſtitution, & en avoir chargé leur mere par la donation qu'il lui a faite. Cela eſt conforme à ce principe de Droit, que dans toutes ſubſtitutions fidéi-commiſſaires, les ſubſtitués ſont cenſés tenir les biens compris en la ſubſtitution, non de la perſonne grevée, mais de l'auteur de la ſubſtitution, c'eſt-à-dire, de la perſonne qui a fait la ſubſtitution à leur profit : *accipiunt à gravante, non à gravato.*

614. De ce principe ſuivent pluſieurs Corollaires.

Corollaire premier. Les immeubles que la femme qui a convolé en ſecondes noces tenoit des dons & avantages à elle faits par ſon premier mari, & qu'elle eſt tenue, en conſéquence, de réſerver à ſes enfants du premier mariage, ſont en la perſonne deſdits enfants, qui les ont recueillis à la mort de leur mere, des propres paternels; c'eſt une ſuite de notre principe que leſdits enfants les tiennent de leur pere, qui eſt cenſé ne les avoir donnés à leur mere, qu'à la charge de les leur rendre. C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin, ſur l'article 147 de la Coutume de Paris, *n.* 6; il décide pareillement, à l'égard de l'homme qui a convolé à de ſecondes noces, que les immeubles qui lui ont été donnés par ſa premiere femme, ſont, après ſa mort, en la perſonne des enfants de la premiere femme, des propres maternels.

615. *Corollaire II.* Les biens que la femme qui a convolé en ſecondes noces eſt tenue de réſerver aux enfants de ſon premier mariage, ne s'imputent point ſur la légitime qui leur eſt due dans les biens de leur mere; c'eſt encore une ſuite de notre principe, qu'ils ne les tiennent pas de leur mere, mais de leur pere, qui eſt

censé ne les avoir donné à leur mere, qu'à la charge de les leur rendre.

Il faut décider la même chose à l'égard de l'homme qui a convolé à de secondes noces.

616. *Corollaire III.* La femme qui s'est remariée ne peut obliger ni aliéner les immeubles qui lui viennent des dons que lui en a fait son premier mari, si ce n'est à la charge de la substitution légale dont elle est tenue envers les enfants de son premier mariage; car ne les tenant qu'à cette charge, elle ne peut transférer à d'autres sur lesdits biens plus de droit qu'elle n'en a elle-même. C'est pourquoi, lorsque la substitution légale est ouverte par sa mort au profit des enfants de son premier mariage, les hypotheques dont elle avoit chargé lesdits biens, s'évanouissent, & les enfants peuvent révendiquer sur les tiers détenteurs, les immeubles compris dans cette substitution lorsqu'elle les a aliénés.

Lorsque c'est à titre de donation que la femme a aliéné les héritages compris dans cette substitution légale, les enfants du premier mariage, au profit de qui la substitution légale a été ouverte, peuvent les révendiquer contre les tiers détenteurs, non-seulement lorsqu'ils ont renoncé à la succession de leur mere,

mais même dans le cas auquel ils ſeroient ſes héritiers ; car la donation étant un titre qui n'oblige pas le donateur, ni par conſéquent ſes héritiers, à la garantie de la choſe donnée, la qualité de leur mere, qui a aliéné ces héritages à titre de donation, ne peut être un obſtacle au droit qu'ont de leur chef ces enfants de les révendiquer.

Mais ſi les enfants du premier mariage étoient héritiers de leur mere, qui les a vendus ou aliénés à quelqu'autre titre onéreux qui donne lieu à la garantie, leſdits enfants étant en ce cas tenus, pour la part dont ils ſont héritiers de leur mere, de la garantie qui eſt due à l'acquéreur, ils ne ſeroient pas recevables pour cette part à les révendiquer, ſuivant la regle, *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

On oppoſera peut-être que, par l'Ordonnance des ſubſtitutions, *p.* 2, *art.* 31, les ſubſtitués, au profit de qui une ſubſtitution a été ouverte, quoiqu'ils ſoient héritiers du grévé qui a aliéné des biens compris en la ſubſtitution, ſont néanmoins reçus à révendiquer les biens compris en la ſubſtitution qu'il a aliénés, en offrant de rembourſer l'acquéreur du prix qu'il a payé, & des loyaux-coûts. La réponſe eſt que cette diſpoſition de l'Ordonnance

donnance étant établie pour les véritables ſubſtitutions par une raiſon de faveur particuliere, contre les principes du Droit, étant *jus ſingulare contra rationem juris introductum*, elle ne doit pas être étendue à des ſubſtitutions fictives & légales; d'autant plus qu'il y a, à cet égard, une grande différence entre ces ſubſtitutions légales & les véritables ſubſtitutions; celles-ci par leur publication & inſinuation ſont réputées devoir être connues de ceux qui acquierent d'un grévé; ils ſont cenſés avoir bien voulu courir le riſque de l'éviction dans le cas de la ſubſtitution dont ils avoient ou devoient avoir connoiſſance: il n'en eſt pas de même de ces ſubſtitutions légales: ceux qui acquierent des biens d'une femme qui a convolé en ſecondes noces, ne ſont pas obligés de ſçavoir quels ſont ceux qu'elle eſt obligée de réſerver aux enfants de ſon premier mariage.

617. Obſervez que les enfants du premier mariage peuvent révendiquer les héritages donnés à la mere par leur pere, quoiqu'elle les ait aliénés avant ſon ſecond mariage; car ces héritages lui ayant été donnés ſous la condition tacite de les reſtituer à ſes enfants du premier mariage, elle eſt cenſée y être obligée par l'acte même de la donation qui lui en a

été faite ; c'eſt pourquoi, quoiqu'elle n'eût pas encore convolé à un autre mariage lorſqu'elle les a aliénés, elle étoit néanmoins dès-lors obligée à les reſtituer dans le cas auquel elle convoleroit ; les biens étoient dès-lors affectés à cette reſtitution, ſi le cas de convol arrivoit : la condition étant depuis arrivée, elle a un effet rétroactif qui donne aux enfants le droit de révendiquer leſdits biens après la mort de leur mere.

618. *Cotollaire IV.* Lorſque c'eſt d'une ſomme d'argent ou d'effets mobiliers que la femme qui a convolé en ſecondes noces, a été avantagée par ſon premier mari, ce ne ſont pas ces choſes en nature qu'elle eſt obligée de réſerver aux enfants de ſon premier mariage ; c'eſt une ſomme pareille à celle qu'elle a reçue, ou la valeur des effets mobiliers qu'elle a reçus eu égard à ce qu'ils valoient au temps de la donation : les enfants, pour la reſtitution de cette ſomme, ont hypotheque ſur les biens de leur mere, du jour de l'acte qui renferme la donation ou l'avantage ; car la donation étant cenſée lui avoir été faite à la charge de cette reſtitution, dans le cas auquel elle ſe remarieroit, elle eſt cenſée l'avoir acceptée à cette charge, & s'être obligée par cet acte à cette reſtitution.

619. *Corollaire V.* La femme qui a convolé en ſecondes noces ne peut avantager, après ſa mort, l'un de ſes enfants de ſon premier mariage, plus que les autres enfants dudit mariage, dans les biens qu'elle a eu de ſon premier mari, qu'elle eſt tenue de leur réſerver ; c'eſt encore une ſuite du principe que les enfants ne tiennent point ces biens de leur mere.

C'eſt une différence qui eſt à remarquer entre l'Edit & les loix du Code que nous avons ci-deſſus rapportées ; celles-ci laiſſoient, ſoit à la femme, ſoit à l'homme qui avoient convolé en ſecondes noces, la faculté de choiſir entre les enfants de leur premier mariage ceux auxquels ils reſtitueroient les biens qu'elles leur ordonnoient de leur reſtituer ; mais l'Edit ordonne purement & ſimplement que la femme ou l'homme qui convolent, réſerveront aux enfants de leur premier mariage. La ſubſtitution eſt faite indiſtinctement à tous ; la femme ou l'homme qui en ſont grévés, ne peuvent pas prétendre le droit de choiſir entre ces enfants, que l'Edit ne leur a pas accordé, n'en étant fait aucune mention dans l'Edit.

620. *Corollaire VI.* Les biens que l'Edit ordonne à la femme qui a convolé en ſecondes noces, de réſerver aux en-

fants de ſon premier mariage, doivent tellement appartenir après ſa mort à ces ſeuls enfants, que ceux de tous les autres mariages n'y peuvent rien prétendre, quand même leur mere n'auroit laiſſé aucuns autres biens dans leſquels ils puſſent avoir une légitime. C'eſt encore une ſuite de nos principes : ces biens étant cenſés n'avoir été donnés à la femme par ſon premier mari qu'à la charge qu'en cas de convol à de ſecondes noces, elle les reſtitueroit après ſa mort aux enfants du premier mariage ; cette reſtitution eſt une véritable dette de ſa ſucceſſion : or la légitime ne peut ſe prendre que ſur ce qui reſte des biens après les dettes acquittées ; & s'il ne reſte rien, les enfants n'ont rien à prétendre pour leur légitime.

Il reſte une queſtion : les enfants du ſecond mariage n'ayant aucune part dans les biens qui ſont parvenus à leur mere des dons & avantages à elle faits par ſon premier mari, ſont-ils bien fondés à prétendre que ceux du premier mariage ne doivent pareillement avoir aucune part dans ceux qui ſont parvenus à leur mere des dons & avantages à elle faits par ſon ſecond mari, lorſqu'elle n'a pas convolé à de troiſiemes noces ? Les enfants du ſecond mariage ne ſont pas fondés dans

cette prétention ; leur mere n'ayant pas convolé à un troiſieme mariage, n'a pas été obligée de leur réſerver & reſtituer les biens qu'elle a eu des dons & avantages à elle faits par leur pere ; ces biens ſe trouvent dans la ſucceſſion de leur mere, de même que tous ſes autres biens libres, auxquels tous les enfants, tant du premier que du ſecond mariage, ont un égal droit.

Mais ſi la mere avoit convolé à un troiſieme mariage, ayant contracté par ce convol l'obligation de réſerver & de reſtituer, après ſa mort, aux enfants de ſon ſecond mariage, les biens qu'elle a eu des dons & avantages à elle faits par ſon ſecond mari ; leſdits biens devroient en ce cas appartenir aux ſeuls enfants du ſecond mariage, à l'excluſion de ceux tant du premier que du troiſieme.

621. Tout ce qui a été dit dans cet article, par rapport à la ſubſtitution légale dont la femme qui convole à un ſecond ou autre mariage eſt cenſée chargée, s'applique pareillement à l'homme qui a convolé.

ARTICLE III.

Quels ſont les enfants qui ſont appellés à recueillir la ſubſtitution légale établie par le ſecond chef de l'Edit; l'aîné y prend-il ſon droit d'aîneſſe; & quand s'éteint-elle.

§. I.

Quels ſont les enfants qui ſont appellés.

622. Suivant les termes de l'Edit, *les veuves qui auront acquis des biens par dons & libéralités de leurs défunts maris.... ſeront tenues les réſerver aux enfants communs d'entr'elles & leurs maris, de la libéralité deſquels iceux biens leur ſeront advenus.*

Cette ſubſtitution légale eſt donc déférée par l'Edit aux ſeuls enfants nés du mariage de leur mere avec le mari qui l'a avantagée des biens qui y ſont compris.

Sous le terme d'*enfants*, les petits-enfants iſſus de ce mariage doivent être cenſés compris, ſuivant la regle, *liberorum appellatione nepotes continentur.* C'eſt pourquoi, lorſque le fils ou la fille de qui ils ſont iſſus eſt mort avant l'ouverture de cette ſubſtitution, ils doivent prendre dans les biens qui y ſont com-

pris, la part qu'y eût eu leur pere ou leur mere qu'ils repréſentent.

623. Les enfants appellés à cette ſubſtitution légale, ne tenant pas de leur mere les biens qui y ſont compris, mais plutôt de leur pere qui eſt cenſé ne les avoir donné qu'à la charge de les reſtituer après ſa mort, c'eſt une conſéquence que pour les recueillir, il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient héritiers de leur mere.

Il n'eſt pas même néceſſaire que ces enfants, pour recueillir cette ſubſtitution, ſoient héritiers de leur pere; car leur pere eſt cenſé avoir chargé ſa femme, en cas de convol, de les leur reſtituer, non dans la qualité de *ſes héritiers*, mais dans la ſeule qualité de ſes enfants.

624. C'eſt une queſtion, s'il n'eſt pas au moins néceſſaire, pour recueillir cette ſubſtitution légale, que l'enfant ait eu le droit de venir à la ſucceſſion de ſon pere, & ſi, en conſéquence, la fille qui, par ſon contrat de mariage, y a renoncé en faveur de ſes freres, ou qui, ayant été dotée, eſt exclue par la Coutume, doit être exclue de prendre part aux biens compris dans cette ſubſtitution légale avec les autres enfants qui y ſont appellés? Il ſemble qu'ils ne devroient pas en être exclus, puiſque les biens compris dans cette ſubſtitution légale, ne ſont partie ni

de la succession du pere, ni de celle de la mere.

Neanmoins Ricard, *p.* 3, *n.* 1308, 1309, décide que les filles qui sont exclues par les Coutumes de la succession de leur pere qui les a dotées, & pareillement celles qui, par leur contrat de mariage, y ont renoncé, ne sont pas admises à partager avec leurs freres, au profit desquels elles ont renoncé, les biens que leur mere est obligée de réserver & de retirer à ses enfants issus du mariage avec leur pere.

La raison sur laquelle Ricard se fonde, est que, suivant ce qui paroît par le préambule de l'Edit, la vue de l'Edit, dans l'un & l'autre chef, a été de subvenir aux enfants, par rapport au préjudice qu'ils souffroient du convol de leur mere à un second ou autre subséquent mariage.

L'Edit, par le premier chef, leur subvient, en retranchant à leur profit ce qu'il y a d'excessif dans les donations faites par leur mere à ses second ou autres subséquents maris; mais comme il n'y a que ceux de ses enfants qui avoient droit de venir à sa succession, qui souffrent de ces donations excessives; nous avons vu *sup. n.* 492, que l'Edit étoit présumé n'avoir eu qu'eux en vue, & qu'en

conſéquence il n'y avoit qu'eux qui fuſſent admis à recueillir la portion que l'Edit en retranchoit.

Pareillement, l'Edit, dans le ſecond chef, ayant eu pour fin d'empêcher que les enfants ne ſouffriſſent préjudice des donations faites par leur pere à leur mere qui s'eſt remariée, en empêchant qu'elle ne pût faire paſſer ni à ſes nouveaux maris, ni aux enfants qui naîtroient de ſes autres mariages, ni à quelqu'autre perſonne que ce ſoit, les biens qui y ſont compris; on doit pareillement préſumer que l'Edit n'a eu en vue que ceux des enfants auxquels ces donations & le convol de leur mere pouvoient cauſer quelque préjudice, & qu'en conſéquence il n'a entendu appeller qu'eux à la réſerve ou ſubſtitution faite par le ſecond chef de l'Edit, & non les filles exclues de la ſucceſſion de leur pere, auxquelles ni leſdites donations ni le convol de leur mere n'ont pu porter aucun préjudice, puiſque quand même les donations n'auroient pas été faites, étant exclues de la ſucceſſion, elles n'auroient jamais pu profiter des biens donnés.

Ricard, *n.* 1389, pour confirmer ſon opinion que, s'il n'eſt pas néceſſaire d'être héritier pour être admis à cette ſubſtitution légale, il faut du moins être ha-

bile à l'être, rapporte un Arrêt du 26 Juin 1597, qui, dans la Coutume de Ponthieu, qui ne reconnoît d'autre héritier que le fils aîné, adjugea en conſéquence à l'aîné ſeul les biens qu'un mari avoit donnés à ſa femme qui s'étoit remariée.

Si les freres, en faveur deſquels les filles dotées étoient exclues de la ſucceſſion de leur mere, ſoit par la Coutume, ſoit par leur renonciation, étoient tous prédécédés ſans aucune poſtérité qui les repréſentât, leſdites filles recouvrant en ce cas le droit de venir à la ſucceſſion de leur mere, recouvreroient, par la même raiſon, celui d'être admiſes à cette ſubſtitution.

Il n'eſt pas douteux qu'un enfant exhérédé pour une juſte cauſe par ſon pere, n'eſt pas cenſé appellé à la ſubſtitution des biens donnés par ſon pere à ſa mere qui s'eſt remariée; ſon exhérédation l'en rend indigne.

Si l'enfant avoit été juſtement exhérédé par ſa mere, & ne l'avoit pas été par ſon pere, pourroit-il prétendre à cette ſubſtitution légale? Il ſemble d'abord qu'il le peut; car l'exhérédation faite par la mere ne l'exclut que des biens de la mere: mais les biens compris dans cette ſubſtitution, ſont des biens que les enfants qui y ſont appellés, ne

ſont pas cenſés tenir de leur mere, mais de leur pere. Il y a néanmoins lieu de ſoutenir que l'enfant exhérédé par ſa mere ne peut prétendre cette ſubſtitution ; la raiſon eſt que les dons & avantages qui ont été faits à la femme qui s'eſt remariée, par ſon défunt mari, lui ayant été faits purement & ſimplement, elle n'eſt, dans la vérité des choſes, chargée d'aucune ſubſtitution des biens qui lui ont été donnés par ſon défunt mari ; ce n'eſt que par une fiction de la loi, que ces biens ſont cenſés n'être pas ſes biens, & qu'on ſuppoſe la donation qui lui en a été faite par ſon défunt mari, avoir été faite à la charge de reſtituer les biens qui y ſont compris, aux enfants de ſon premier mariage ; mais cette fiction & cette ſuppoſition d'une ſubſtitution au profit des enfants du premier mariage, ne doivent avoir lieu qu'en faveur de ceux auxquels l'Edit a voulu ſubvenir : or l'Edit ayant été fait, comme il s'en explique dans le préambule, pour ſuppléer aux devoirs d'amour & de tendreſſe des veuves qui ſe remarient, envers les enfants de leurs précédents mariages, il eſt cenſé n'être fait qu'en faveur de ceux deſdits enfants envers leſquels leur mere qui s'eſt remariée, étoit tenue de ces devoirs ; l'Edit n'eſt pas fait pour ceux

deſdits enfants qui, pour des cauſes qui leur ont fait mériter l'exhérédation de leur mere, s'en ſont rendus indignes.

§ II.

L'aîné a-t-il droit d'aîneſſe dans cette ſubſtitution.

625. Il reſte la queſtion de ſçavoir ſi entre les enfants qui ſont appellés à cette ſubſtitution légale des biens donnés par leur pere à leur mere qui s'eſt remariée, l'aîné deſdits enfants doit prendre ſon droit d'aîneſſe dans les biens nobles qui s'y trouveroient compris. Ricard, *p.* 3, *n.* 1390, décide que l'aîné a droit d'y prendre ſon droit d'aîneſſe, quoique les enfants ne recueillent pas ces biens à titre de ſucceſſion ; la raiſon eſt que cette ſubſtitution légale étant établie par l'Edit comme un dédommagement du préjudice que ſouffrent les enfants des donations faites par leur pere à leur mere qui s'eſt remariée, l'aîné ſouffrant un plus grand préjudice de ces donations par rapport aux biens nobles qui s'y trouvent, dans leſquels il auroit exercé ſon droit d'aîneſſe, ſi ſon pere les eût laiſſés dans ſa ſucceſſion, il doit avoir dans la ſubſtitution qui eſt la réparation du préjudice fait aux enfants par la donation,

une part proportionnée au préjudice qu'il ſouffre, & par conſéquent exercer ſon droit d'aîneſſe dans la ſubſtitution, comme il l'eût exercé dans la ſucceſſion, ſi la donation n'eût pas été faite.

Obſervez, 1°. qu'il ne ſuffit pas pour qu'un enfant puiſſe prétendre le droit d'aîneſſe dans les biens de cette ſubſtitution, qu'il ſoit l'aîné des enfants du mariage qui y ſont appellés, s'il y a un fils d'un précédent mariage, qui n'y eſt pas appellé; car il n'y a de véritable fils aîné que celui qui eſt l'aîné des enfants de tous les mariages; c'eſt pourquoi les biens de cette ſubſtitution ſe partageront en ce cas ſans aucune prérogative d'aîneſſe.

Obſervez, 2°. que, quoiqu'il ne ſoit pas néceſſaire que les enfants qui recueillent cette ſubſtitution légale, ſoient héritiers de leur pere, l'aîné ne peut néanmoins y exercer ſon droit d'aîneſſe, s'il n'eſt héritier de ſon pere; car les loix coutumieres qui accordent le droit d'aîneſſe, ne l'accordent qu'à l'aîné qui eſt héritier.

§. III.

Quand s'éteint cette ſubſtitution.

626. Cette ſubſtitution dont l'Edit greve la femme qui s'eſt remariée, étant

établie en faveur des enfants de ſon mariage avec celui qui lui a fait les dons & avantages, & ne devant être ouverte qu'à la mort de cette femme, c'eſt une conſéquence qu'elle eſt éteinte par le prédécès de tous les enfants de ce mariage ſans aucune poſtérité qui les repréſente ; car il ne reſte plus perſonne au profit de qui elle puiſſe être ouverte.

C'eſt pourquoi les aliénations que la femme qui s'eſt remariée a faite des héritages à elle donnés par ſon premier mari, ſont en ce cas confirmées, ſoit que ces aliénations aient été faites avant, ſoit qu'elles aient été faites depuis ſon convol à un autre mariage.

La ſubſtitution eſt éteinte, non-ſeulement lorſqu'il ne reſte aucun enfant de ſon mariage avec ſon premier mari qui lui a fait la donation ; mais lorſque les ſeuls qui reſtent, ont été rendus incapables d'être admis à cette ſubſtitution, ayant été exhérédés, ſoit par leur pere, ſoit par leur mere.

627. Lorſque la femme qui s'eſt remariée, devient veuve de ſon ſecond mari, ſans avoir aucun enfant de lui, Dupleſſis & Lemaître, ſur la Coutume de Paris, penſent que la ſubſtitution dont elle étoit chargée envers les enfants de ſon pre-

mier mariage, eſt en ce cas éteinte, & qu'elle recouvre la liberté d'aliéner & de diſpoſer, comme bon lui ſemblera, des biens qui lui ont été donnés par ſon premier mari. Leur raiſon eſt que le convol de la femme à un autre mariage, n'a fait en ce cas aucun préjudice à ſes enfants du premier mariage, & qu'elle redevient dans le même état que ſi elle ne s'étoit pas remariée. Cette opinion me paroît ſouffrir beaucoup de difficulté : l'Edit fait dépendre la ſubſtitution dont il charge la femme envers ſes enfants de ſon premier mariage, de deux conditions ; de ſon convol à un autre mariage, & de ſa mort avant leſdits enfants. La premiere eſt accomplie : quoique la femme ſoit redevenue veuve ſans enfants de ſon ſecond mariage, il n'en eſt pas moins vrai qu'elle a convolé à de ſecondes noces, ſa mort avant les enfants de ſon premier mariage, qui eſt la ſeule qui reſte à accomplir, doit donc donner ouverture à la ſubſtitution, & par conſéquent elle ne recouvre pas la liberté de diſpoſer de ſes biens ; elle continue de n'en pouvoir diſpoſer que *cum cauſâ fidei-commiſſi.*

SECTION III.

De l'extenſion que la Coutume de Paris a donnée à l'Edit, par rapport aux conquêts que la femme qui ſe remarie a de ſes précédents mariages.

628. La part qu'a eu la femme dans les biens de la communauté qui étoit entr'elle & ſon premier mari, n'eſt point quelque choſe dont elle puiſſe être cenſée avoir été avantagée par ſon premier mari ; c'eſt de ſon chef qu'elle a cette part dans les biens de la communauté ; elle ne la tient pas de ſon mari, étant cenſée avoir elle-même acquis ces biens ; ou ſi on veut qu'elle tienne de ſon mari, au moins la part qu'elle a dans les biens que ſon mari y a apportés, en ayant de ſa part apporté autant, elle ne la tient pas à titre lucratif.

Ces biens que la femme a eu pour ſa part de la communauté, n'étant donc pas des biens dont on puiſſe dire qu'elle a été avantagée par ſon premier mari, ils ne ſont pas compris dans la ſeconde partie de l'Edit ; néanmoins comme la femme eſt redevable de l'acquiſition de ces biens à l'induſtrie, aux ſoins, & à la collaboration de ſon premier mari, la Coutume de Paris, ſuivie en cela par

notre Coutume d'Orléans, a jugé à propos, non pas d'étendre auxdits biens le second chef de l'Edit, mais de ne pas laiſſer à cette femme, lorſqu'elle ſe remarie, la même liberté qu'elle a par rapport à ſes autres biens.

Voici comme elle s'en explique en l'article 279 : après avoir, dans la premiere partie de cet article, rapporté la teneur du premier chef de l'Edit, en ces termes : « Femme convolant en ſecondes » ou autres noces, ayant enfants, ne » peut avantager ſon ſecond ou autre ſubſéquent mari de ſes propres & acquêts, » plus que l'un de ſes enfants ; » elle ajoute : « Et quant aux conquêts faits avec » ſes précédents maris, n'en peut diſpoſer aucunement au préjudice des portions dont les enfants deſdits premiers » mariages pourroient amender de leur » mere, & néanmoins ſuccedent les enfants des ſubſéquents mariages auxdits » conquêts avec les enfants des mariages » précédents, *&c.* »

629. La Coutume, par cet article, n'établit pas une ſubſtitution légale de ces conquêts faits avec les précédents maris au profit des enfants des précédents mariages pendant leſquels ils ont été faits, telle que celle que le ſecond chef de l'Edit établit à l'égard des biens dont la

[illegible] qui se remarie a été avantagée par ses précédents maris ; au contraire, [illegible] expressément les enfants de [illegible] mariages à succéder à [illegible] avec ceux des mariages pendant lesquels ils ont été faits ; en cela [illegible] conquêts sont différents des biens [illegible] la femme qui s'est remariée a été avantagée par ses précédents maris.

[illegible] La Coutume, dans cet article, [illegible] par rapport auxdits conquêts, [illegible] la liberté de la femme qui [illegible] remariée d'en disposer, plus qu'elle [illegible] l'égard de ses autres biens.

[illegible] que la femme qui se remarie, peut, au préjudice des enfants de son premier mariage, disposer & donner [illegible] autres biens à son second [illegible] concurrence d'une portion [illegible] au contraire, aux termes [illegible] ne peut rien donner [illegible] à ses second & autres [illegible] maris, au préjudice des enfants [illegible] précédents mariages pendant [illegible].

[illegible] qui est remariée peut [illegible] de ses autres biens, [illegible] de ses enfants, envers [illegible] que son second mari & [illegible] par lui interposées, au contraire, elle ne peut dis-

poſer deſdits conquêts envers quelque perſonne que ce ſoit, au préjudice des enfants du mariage pendant lequel ils ont été faits.

Nous traiterons, dans un premier Article, de la défenſe qui eſt faite par la Coutume, à la femme qui ſe remarie, de diſpoſer, au profit de ſon ſecond ou autre ſubſéquent mari, des conquêts de ſes précédents mariages, au préjudice des enfants de ſes précédents mariages. Nous traiterons, dans un ſecond, de celle qui lui eſt faite d'en diſpoſer envers d'autres. Nous examinerons, dans un troiſieme article, ſi l'extenſion faite par la Coutume à l'Edit, s'étend à l'homme qui s'eſt remarié, & ſi elle a lieu dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées.

ARTICLE PREMIER.

De la défenſe faite par la Coutume, à la femme qui ſe remarie, de diſpoſer, au profit de ſes ſecond ou autres ſubſéquents maris, des conquêts de ſes précédents mariages, au préjudice des enfants des mariages pendant leſquels ils ont été faits.

Nous verrons, dans un premier paragraphe, quels ſont les biens compris dans

cette défenſe ; dans un ſecond, de l'effet de cette défenſe.

§. I.

Quels ſont les biens compris dans cette défenſe.

631. La premiere queſtion qui ſe préſente, eſt de ſçavoir ſi cette défenſe comprend la part qu'a eu la femme dans tous les biens dont la communauté étoit compoſée, tant meubles qu'immeubles; ou ſi elle ſe borne aux conquêts-immeubles ?

La queſtion a été décidée par un Arrêt du 4 Mars 1697, rendu ſur les Concluſions de M. d'Agueſſeau, alors Avocat-Général, qui a jugé que la défenſe comprenoit la part de la femme dans tous les biens de la communauté avec ſon défunt mari, ſoit meubles, ſoit immeubles. Nous avons le Plaidoyer de ce grand Magiſtrat dans cette cauſe au IVe tome de ſes Œuvres ; c'eſt le quarante-unieme plaidoyer : la queſtion y eſt diſcutée dans la perfection.

Pour borner la défenſe aux ſeuls immeubles, on alléguoit que le terme de *conquêts*, dont ſe ſert la Coutume de Paris dans cette diſpoſition, eſt un terme

qui ſe prend plutôt pour les immeubles que pour les meubles ; que la diſpoſition de la Coutume de Paris ſur ce point, eſt une loi pénale, qu'on doit plutôt par conſéquent reſtreindre qu'étendre ; d'où on concluoit que le terme de *conquêts* doit, dans cette diſpoſition de la Coutume, ſe prendre dans ſa ſignification la plus ordinaire pour les ſeuls immeubles de la communauté, & ne doit pas être étendu aux meubles.

A cela M. l'Avocat-Général répond que la diſpoſition de la Coutume de Paris ſur ce point, n'eſt pas une loi pénale : « Le terme de *Loi pénale* eſt, » dit-il, une de ces expreſſions dont on » abuſe ſouvent. Il y a deux ſortes de » loix auxquelles on l'applique ; aux unes » proprement, & ce ſont celles qui contiennent de véritables punitions ; aux » autres improprement, & ce ſont celles » qui reſtreignent en quelque maniere la » liberté naturelle à tous les hommes. » Ces dernieres ſont des loix *reſtrictives*, » *prohibitives*, *loix de précaution* ; mais » elles ne ſont pas pour cela des loix » *penales* : ainſi, par exemple, dira-t-on, » que la loi qui défend à un mari de » donner à ſa femme, ſoit une loi *pénale* ; » que les loix qui défendent de priver » les héritiers du ſang d'une portion des

par conſequent voulu reſtreindre aux immeubles le premier chef de l'Edit, qui a compris en termes formels les meubles auſſi-bien que les immeubles.

La Coutume ayant compris, dans la premiere partie de l'article, ſous le terme d'ACQUETS, tant les biens-meubles que les immeubles, comme on ne peut pas en douter; dans la ſeconde partie, où il eſt dit : *Et quant aux* CONQUETS *faits avec ſes précédents maris, n'en peut diſpoſer*, on doit pareillement entendre, ſous le terme de *conquêts*, tant les biens-meubles que les immeubles de ſa premiere communauté; le terme de *conquêts* n'a pas une ſignification plus bornée aux immeubles, que le terme d'*acquêts*.

M. l'Avocat-Général prouve, en ſecond lieu, la ſignification du terme *conquêts* par les autres articles de la Coutume. Les immeubles d'une communauté ſont exprimés douze fois en différents articles de la Coutume, par ces termes *conquêts-immeubles* : ſi, dans le langage de la Coutume, le terme de *conquêts* ne ſignifioit que les immeubles, la Coutume n'ajouteroit pas à ce terme l'épithete d'*immeubles*; lorſque la Coutume parle des propres de ſucceſſion, elle ne dit jamais *propres-immeubles*, parce que le terme de *propre* renferme celui d'*immeuble*, n'y ayant que

que les immeubles qui ſoient propres ; en donnant, au contraire, aux *conquêts* l'épithete d'*immeubles*, elle déclare ſuffiſamment que, dans ſon langage, le terme *conquêts* n'a pas une ſignification bornée aux immeubles, & qu'il peut ſignifier les meubles auſſi-bien que les immeubles.

Il le prouve, en troiſieme lieu, par le rapport qu'a la diſpoſition de l'article 279 avec les loix antérieures ; cette diſpoſition a rapport à l'Edit des ſecondes noces, elle en eſt une extenſion ; de même donc que l'Edit n'a fait dans le premier ni dans le ſecond chef aucune diſtinction des meubles & des immeubles, & a également compris les uns & les autres dans ſes diſpoſitions, on doit croire que la Coutume a pareillement compris tant les meubles que les immeubles dans ſa diſpoſition, qui n'eſt qu'une extenſion de l'Edit.

Il le prouve, en quatrieme lieu, par la raiſon & le motif de la loi, & par les inconvénients qui naîtroient de l'opinion contraire.

La raiſon & le motif de la loi ont été, qu'il a paru équitable qu'une femme qui ſe remarie, conſerve, d'une maniere plus particuliere, aux enfants de ſes précédents mariages, des biens dont elle eſt redevable aux ſoins & à la collaboration

de leur pere, qui n'a collaboré avec elle pour les acquérir, que dans la vue de les tranſmettre aux enfants de leur mariage : or cette raiſon milite également, ſoit que le fruit de cette collaboration conſiſte en biens-meubles ou en immeubles.

Les inconvénients de l'opinion contraire ſont, que la loi ſeroit imparfaite, ſi elle ne comprenoit dans ſa diſpoſition que les immeubles ; car elle ne comprendroit pas un cas très-commun & très-important, qui eſt celui auquel toute une communauté ne conſiſte qu'en effets mobiliers, telles que ſont celles de pluſieurs négociants & gens d'affaires.

La loi ſeroit auſſi, ſans cela, facile à éluder ; un homme, voyant ſa premiere femme infirme, pourroit, dans la vue d'en avantager une ſeconde, convertir en meubles ſes immeubles de ſa communauté.

Au contraire, nul inconvénient à comprendre les meubles dans la diſpoſition de la Coutume. Dira-t-on qu'une femme qui n'auroit d'autres biens que ceux de la communauté de ſon premier mari, n'auroit rien à donner à un ſecond mari, & trouveroit difficilement à ſe remarier ? Bien-loin que ce ſoit un inconvénient, *c'eſt*, dit M. d'Agueſſeau, *un bien public.... c'eſt le but des Légiſlateurs.*

Tout ceci n'eſt qu'un extrait très-imparfait du Plaidoyer de M. d'Agueſſeau ſur cette queſtion ; il faut le voir au quatrieme tome de ſes Œuvres. Les Plaidoyers de ce grand Magiſtrat qu'on a donnés au public, ſont les plus parfaits modeles qu'il y ait jamais eu en ce genre : les moyens de la cauſe y ſont expoſés avec une préciſion & une clarté admirables ; rien n'y eſt omis, & il n'y a rien de ſuperflu.

Sur le Plaidoyer de M. d'Agueſſeau, dont nous venons de rapporter l'extrait, eſt intervenu Arrêt du 4 Mars 1697, qui a jugé que les meubles de la premiere communauté étoient compris dans la diſpoſition de l'article 279. Cet Arrêt a fixé la Juriſprudence ; tous ceux qui ont écrit depuis, tiennent pour maxime que l'article 270 de la Coutume de Paris comprend, ſous le mot de *conquêts*, les meubles auſſi-bien que les immeubles d'une communauté, & qu'il n'eſt pas plus permis d'avantager un ſecond mari ou une ſeconde femme, des uns que des autres.

632. Dans l'eſpece de cet Arrêt, les biens-meubles qui étoient réclamés par les enfants du premier mariage, comme biens de la premiere communauté de leur pere, & que l'Arrêt jugea ne devoir pas entrer dans la donation de part d'enfant

enfants de ſon premier mariage, des biens dont elle eſt redevable aux ſoins & à la collaboration de leur pere qui les a acquis à la communauté qu'elle a eue avec lui : or cette raiſon ne s'applique qu'aux biens que le premier mari a acquis à la communauté par les acquiſitions qu'il a faites pendant qu'elle a duré, & non à ceux que la femme qui s'eſt remariée avoit apportés à cette premiere communauté ; ce qui confirme qu'il n'y a que les biens acquis pendant la communauté, & non ceux que les conjoints y ont apportés en ſe mariant, qui ſoient compris en la diſpoſition de l'article 279.

Il paroît que la Juriſprudence du Châtelet de Paris avoit donné cette interprétation à l'article 279 ; car, par un Acte de notoriété de M. le Camus, du premier Mars 1698, il eſt atteſté que, pour régler la part d'enfant d'un ſecond mari, l'uſage eſt au Châtelet de faire, ſur les biens que la femme a eu pour ſa part de la premiere communauté, diſtraction de ce qu'elle y a apporté par ſon contrat ce mariage en biens-meubles & biens ameublis, dans leſquels biens par elle apportés en ſa premiere communauté, on accorde part d'enfant au ſecond mari, comme dans les biens propres de ladite femme, & on ne la lui dénie que dans

ce qui reſtoit à la femme des biens de la premiere communauté après la diſtraction faite.

Néanmoins, par l'Arrêt de Garanger, rendu en la Grand'Chambre en 1698, qui eſt rapporté par les Annotateurs de Dupleſſis au Traité des Donations, chapitre I, vers la fin, il a été jugé que les deniers dotaux qu'une femme qui s'étoit remariée avoit apportés en communauté avec ſon premier mari, étoient compris en la diſpoſition de l'article 279, & qu'elle n'en avoit pu rien donner à ſon ſecond mari. Lacombe cite un Arrêt de la quatrieme des Enquêtes, du 1er. Septembre 1744, qu'il dit avoir jugé la même choſe.

La réponſe aux raiſons alléguées pour l'opinion contraire eſt, que la raiſon tirée de la collaboration n'eſt pas la ſeule qui ait pu ſervir de motif à la diſpoſition de l'article 279 qui concerne les conquêts ; il y en a une autre, qui eſt que des perſonnes qui ſe marient, en compoſant une communauté de biens, de même qu'en travaillant par la ſuite à l'augmenter, ont en vue les enfants qui doivent naître de leur mariage, auxquels ils ſe propoſent de tranſmettre un jour les biens de cette communauté ; c'eſt en leur conſidération qu'ils la compoſent, & qu'ils

travaillent à l'augmenter ; c'eſt à eux à qui ils deſtinent les biens de cette communauté. C'eſt pour cette raiſon que, par l'ancien Droit, il n'y avoit que les enfants nés de ce mariage qui fuſſent héritiers deſdits biens ; c'eſt pareillement pour cette raiſon qu'une femme eſt obligée de conſerver d'une maniere particuliere leſdits biens auxdits enfants, & que la Coutume ne lui permet pas, lorſqu'elle ſe remarie, d'en diſpoſer à leur préjudice.

633. Quoique, par les Arrêts que nous venons de citer, il ait été jugé que les biens apportés par une femme à la communauté de ſon premier mariage, étoient, de même que ceux acquis depuis, compris en la diſpoſition de la Coutume, & que la femme n'en pouvoit rien donner à un ſecond mari ; néanmoins, par un Arrêt du 24 Juillet 1741, rendu à l'Audience de la Grand'Chambre ſur les concluſions de M. Joli de Fleuri, & rapporté par Deniſart, il a été jugé qu'une femme avoit pu donner à ſon ſecond mari part d'enfant dans une portion de maiſon qu'elle avoit apportée & ameublie à la communauté de ſon premier mariage.

Pour concilier cet Arrêt avec les précédents, on peut faire une diſtinction entre les effets mobiliers apportés à une com-

munauté, & les immeubles qui y ſont apportés & ameublis par une convention du contrat de mariage. Les effets mobiliers qu'ont les futurs conjoints lorſqu'ils ſe marient, étant de nature à compoſer leur communauté conjugale, dans laquelle ils entrent lorſque les parties ne s'en ſont pas expliquées, ces effets mobiliers que des conjoints ont apportés pour compoſer leur communauté conjugale, ſont dans tous les cas regardés comme véritables & naturels conquêts de cette communauté, & par conſéquent ils ſont regardés comme tels dans le cas de la diſpoſition de l'article 279 qui concerne les conquêts, & ſont compris dans ſa diſpoſition; au contraire, les immeubles qu'ont les futurs conjoints lorſqu'ils contractent mariage, n'étant pas de nature à compoſer leur communauté conjugale, & ne pouvant y entrer que par une clauſe ſpéciale du contrat de mariage, & par la fiction de l'ameubliſſement; ces immeubles apportés en communauté qu'on appelle propres ameublis, ne doivent être regardés comme *conquêts* de cette communauté, que dans le cas de la fiction de l'ameubliſſement, c'eſt-à-dire, pour le cas de la communauté, à l'effet que les conjoints aient le même droit à l'égard deſdits héritages ameublis, qu'à

l'égard des véritables conquêts ; que le mari puiſſe diſpoſer des héritages ameublis par ſa femme, de même que des véritables conquêts, & que les héritages ameublis, tant de part que d'autre, ſoient après la diſſolution de la communauté, compris dans la maſſe qui eſt à partager des biens de la communauté ; mais hors le cas de la fiction de l'ameubliſſement, ces héritages ameublis ne doivent plus être regardés comme *conquêts* de la communauté, en laquelle ils avoient été apportés : c'eſt pourquoi les héritages qu'une femme qui s'eſt remariée, avoit apportés & ameublis à la communauté de ſon premier mariage, ne doivent plus être regardés comme *conquêts*, ni être compris ſous ce terme dans le cas de la diſpoſition de l'article 279 ; ce cas n'étant pas le cas de la fiction, n'étant point un cas pour lequel ait été faite la clauſe d'ameubliſſement.

634. Lorſqu'après la mort du premier mari, la communauté a continué avec les enfants mineurs du premier mariage, faute d'inventaire, ces enfants ſont-ils fondés à prétendre, lorſque leur mere eſt remariée, que les biens-meubles & immeubles acquis par leur mere durant la continuation de communauté, ſont compris en la diſpoſition de l'article 279 &

[illegible] n'en a pu rien donner à son second mari ? Les termes de l'article 279, *[illegible] aux conquêts faits avec leurs précédens maris*, résistent à cette prétention : on ne peut pas dire que des biens qu'une femme n'a acquis que depuis la mort de ses précédens maris, soient des *[illegible] avec ses précédens maris*. Si la Coutume fait continuer la communauté depuis la mort du prédécédé jusqu'à l'inventaire, c'est une peine qu'elle établit en faveur des enfants contre le survivant qui, par sa faute, en ne faisant point d'inventaire, a mis ces enfants hors d'état de pouvoir constater la part qui leur appartient dans les biens dont la communauté étoit composée lors de la mort du prédécédé, & dont le survivant [illegible] compte ; cette peine ne doit [illegible] d'autre effet, que celui pour lequel elle a été établie, sçavoir celui de donner aux enfants le droit de prendre part, si bon leur semble, dans les biens acquis par le survivant depuis la mort du prédécédé jusqu'à l'inventaire, comme si la communauté avoit toujours continué, à la place du compte qui leur est dû par le survivant ; elle ne doit donc pas avoir l'effet de faire regarder les biens que la femme qui s'est remariée a acquis depuis la mort de ses précédents

maris, comme *conquêts faits avec ſes précédents maris*, & dont l'article 279 doive l'empêcher de diſpoſer ; ce n'eſt point pour ce cas que la continuation de communauté a été établie.

Néanmoins Lacombe cite un Arrêt du 28 Août 1722, rendu en la quatrieme des Enquêtes, par lequel il prétend avoir été jugé que les meubles & conquêts acquis durant la continuation de communauté, étoient ſujets à la diſpoſition de l'article 279, comme les conquêts de la communauté. Je penſe que l'Arrêt a jugé eu égard aux circonſtances particulieres de l'eſpece dans laquelle il a été rendu, & que nous ignorons. Le motif de cet Arrêt a pu être d'éviter, dans l'eſpece particuliere, une diſcuſſion difficile & diſpendieuſe, dans laquelle on eût jetté les parties, s'il eût fallu faire la diſtinction des biens dont étoit compoſée la communauté au temps de la mort du premier mari, dans leſquels la Coutume ne permet pas à la femme de rien donner à ſon ſecond mari, & de ceux acquis depuis la mort du premier mari, qui ne ſont pas ſujets à cette défenſe. Pour éviter cette diſcuſſion, la Cour, par cet Arrêt, eu egard aux circonſtances particulieres de l'affaire, a jugé à propos de réputer les biens acquis par la femme de-

puis la mort de ſon premier mari, durant la continuation de communauté, comme n'étant que le remploi de ceux qui compoſoient la communauté au temps de la mort du premier mari, & elle a cru ne devoir pas écouter la femme à dire qu'elle a acquis quelque choſe de plus depuis la mort de ſon premier mari, dont elle doit avoir le droit de diſpoſer, cette femme s'étant, par ſa faute, en ne faiſant pas d'inventaire après la mort de ſon premier mari, miſe hors d'état de le juſtifier. On peut, ſelon les circonſtances, ſuivre l'exemple de ſageſſe que nous a donné cet Arrêt; mais on ne peut pas en faire une régle générale.

635. Lorſque, par le contrat du premier mariage, le droit de la femme a été fixé à une certaine ſomme, ſi cette femme, après la mort de ſon premier mari, convole à un autre mariage, cette ſomme qu'elle a reçue lui tenant lieu de ſa part dans les conquêts faits avec ſon premier mari, doit être cenſée compriſe dans la diſpoſition de l'article 279 concernant les *conquêts.*

§. II.

De l'effet qu'a, par rapport au ſecond mari, la défenſe faite à la femme qui ſe remarie, de diſpoſer des conquêts de ſon premier mariage.

636. La premiere queſtion qui ſe préſente à cet égard, eſt de ſçavoir ſi, lorſqu'une femme qui s'eſt remariée, a des enfants, tant de ſon premier que de ſon ſecond mariage, la donation qu'elle a faite à ſon ſecond mari de quelques *effets conquêts* de la premiere communauté, eſt entiérement nulle au profit des enfants, tant du ſecond que du premier mariage; ou ſi elle n'eſt nulle que pour les portions qu'auroient eu les enfants du premier mariage dans leſdits effets. Par exemple, s'il y avoit deux enfants du premier mariage, & trois du ſecond, la donation ne ſeroit-elle nulle que pour les deux cinquiemes?

Il ſembleroit, à s'en tenir aux termes de la ſeconde partie de l'article 279, ſans la rapprocher de la premiere, que la donation ne devroit être nulle que pour les portions afférentes aux enfants du premier mariage; car, voici comme la Coutume s'explique dans la ſeconde

partie de l'art. 279. « Et quant aux *con-*
» *quêts faits* avec ſes précédents maris,
» n'en peut diſpoſer aucunement au pré-
» judice des portions dont les enfants
» deſdits premiers mariages pourroient
» amender ». La Coutume, en diſant que la femme n'en peut diſpoſer *au préjudice des portions des enfants des premiers mariages*, donne aſſez à entendre que la diſpoſition que la femme a faite des conquêts, n'eſt nulle que pour les portions que les enfants y auroient eues, ſi elle n'eût pas fait la diſpoſition, & qu'elle eſt valable pour le ſurplus. La Coutume ne diſtingue pas ſi la diſpoſition eſt faite à titre de donation, ou à autre titre; elle ne diſtingue pas ſi elle eſt faite au ſecond mari, ou à d'autres perſonnes. Or tous conviennent que lorſque la femme a diſpoſé deſdits conquêts envers d'autres perſonnes qu'envers ſon mari, la diſpoſition ne peut être annullée que pour les portions qu'auroient eues les enfants du premier mariage, ſi elle n'en eût pas diſpoſé, & qu'elle eſt valable pour le ſurplus. Donc pareillement la donation que la femme a faite deſdits conquêts à ſon ſecond mari, n'eſt nulle que pour les portions qu'y auroient eues les enfants du premier mariage, & elle eſt valable pour le ſurplus.

Néanmoins Borjon nous atteſte que c'eſt un uſage ancien & conſtant au Châtelet de Paris, de regarder comme entiérement nulle la donation qu'une femme a faite des conquêts-meubles ou immeubles de ſon premier mariage à ſon ſecond mari, & d'admettre tous les enfants, tant du ſecond que du premier mariage, après la mort de leur mere, à faire prononcer la nullité de la donation, & à ſe faire rendre leſdits effets.

Pour faire voir que cette Juriſprudence eſt conforme à l'eſprit de l'article 279 de la Coutume, il faut rapprocher la ſeconde partie de cet article de la premiere partie. Il eſt dit en la premiere partie, que la femme ayant enfants & convolant en ſecondes noces, ne peut avantager ſon ſecond mari *de ſes propres & acquêts plus que l'un de ſes enfants.* Enſuite il eſt dit dans la ſeconde partie: *Et quant aux conquêts faits avec ſes précédents maris, n'en peut aucunement diſpoſer*, &c. La différence que la Coutume établit entre la donation faite au ſecond mari *des propres & acquêts*, & celle qui lui eſt faite des conquêts, conſiſte en ce que la donation *des propres & acquêts* n'eſt nulle que pour ce qu'elle excede la quantité d'une part d'enfant, au lieu que celle qui lui eſt faite des conquêts du premier

mariage, eſt nulle pour le tout, la femme n'en pouvant aucunement diſpoſer. Mais de même que la donation des propres & acquêts qui eſt nulle pour ce qu'elle excede la quantité de part d'enfant, eſt nulle au profit des enfants de tous les mariages, & non pas vis-à-vis de ceux du premier mariage, & ſeulement pour leurs portions ; pareillement, la donation des conquêts qui eſt nulle pour le tout, ne doit pas l'être ſeulement pour les portions des enfants du premier mariage, mais elle doit l'être au profit des enfants de tous les mariages.

La Coutume, en cet article, établit une autre différence entre les conquêts du premier mariage, & les autres biens de la femme qui convole en ſecondes noces ; elle ne lui défend, à l'égard de ceux-ci, de les donner qu'à ſes ſecond & ſubſéquents maris ; elle ne lui défend pas d'en diſpoſer, comme bon lui ſemblera, envers d'autres perſonnes ; mais à l'égard des conquêts, elle lui défend d'en diſpoſer indiſtinctement & envers quelques perſonnes que ce ſoit : *Et quant aux conquêts..... n'en peut aucunement diſpoſer.* La Coutume ajoute enſuite une limitation à la défenſe qu'elle fait à la femme qui convole, de diſpoſer des conquêts, même envers d'autres perſonnes que le

ſecond mari ; elle ne déclare nulles les diſpoſitions qu'elle en auroit faites, que pour les portions des enfants des premiers mariages. C'eſt de ces diſpoſitions faites à des tiers, qu'on doit entendre ces termes qui ſuivent, *au préjudice des portions dont les enfants deſdits premiers mariages pourroient amender.* Il eſt vrai que les rédacteurs ont omis d'exprimer dans la ſeconde partie de l'article, la diſtinction qui eſt à faire à cet égard entre le ſecond mari & les autres perſonnes, qu'ils ont cru ſe ſuppléer par la relation de cette ſeconde partie avec la premiere, & que l'omiſſion de cette diſtinction cauſe une obſcurité dans cette ſeconde partie de l'article.

Ces rédacteurs s'en étant depuis apperçus, & ayant été nommés par le Roi, trois ans après, pour rédiger la Coutume d'Orléans ; en rédigeant l'article 203 de cette Coutume, qui contient les mêmes diſpoſitions que l'article 279, & preſque dans les mêmes termes, ils n'ont pas manqué d'exprimer la diſtinction entre le ſecond mari & les autres perſonnes, qu'ils avoient omis d'exprimer dans l'article 279 de Paris. Voici comme ils s'expriment dans cet article 203 de la Coutume d'Orléans : « Et quant aux con-» quêts faits avec ſes précédents maris,

» elle n'en peut aucunement avantager
» ſon ſecond ou autres maris ; toutefois
» peut diſpoſer d'iceux à autres perſon-
» nes, ſans que telle diſpoſition puiſſe
» préjudicier aux portions dont les en-
» fants deſdits premiers mariages pour-
» roient amender de leur mere ».

Cette diſtinction qui eſt faite dans l'article de la Coutume d'Orléans, entre le ſecond mari à qui la femme ne peut rien donner des conquêts, & les autres perſonnes à qui il ne lui eſt défendu d'en diſpoſer, que pour les portions qu'y auroient les enfants du premier mariage ; doit être ſuppléée dans l'article 279 de Paris ; & cet article 203 d'Orléans doit lui ſervir d'explication & d'interprétation : c'eſt celle qui a été conſtamment ſuivie au Châtelet de Paris, comme nous l'atteſte Borjon.

637. Lorſqu'une femme, contre la défenſe de la Coutume, a donné des conquêts de ſon premier mariage à ſon ſecond mari, s'il ne ſe trouve lors de ſa mort aucuns enfants de ſon premier mariage, il eſt évident que la donation doit ſubſiſter, la défenſe n'ayant été faite qu'en leur faveur. Si elle en a laiſſé quelqu'un, les enfants, tant du premier que du ſecond mariage, peuvent attaquer le ſecond mari pour faire déclarer nulle la do-

nation, & ſe faire rendre leſdits conquêts qui lui ont été nullement & induement donnés.

Ils ont, pour ſe faire délaiſſer ces conquêts, les mêmes actions qu'ils ont pour ſe faire délaiſſer l'excédent de ce que leur mere a donné à ſon ſecond mari dans les autres biens de plus qu'une portion d'enfant, n'y ayant d'autre différence entre la donation qu'une femme a faite de ſes autres biens à ſon ſecond mari, & celle qu'elle lui a faite des conquêts de ſon premier mariage, ſinon que celle-ci eſt nulle pour tout ce qu'elle contient, & que l'autre n'eſt nulle que pour ce qu'elle contient de plus que la valeur d'une portion d'enfant.

C'eſt pourquoi ce que nous avons dit en la ſection premiere, art. 5, des actions révocatoires qu'ont les enfants pour ſe faire délaiſſer ce que leur mere a donné à ſon ſecond mari dans ſes autres biens plus qu'une portion d'enfant, s'applique à celles qu'ils ont pour ſe faire délaiſſer les conquêts du premier mariage que leur mere a donné à ſon ſecond mari. Ces actions ſont entiérement de même nature; elles peuvent s'intenter contre les tiers détenteurs, lorſque les conquêts donnés ſont des immeubles que le ſecond mari donataire a aliénés.

Lorſque les conquêts donnés ſont des meubles, les enfants n'ont, en faiſant infirmer la donation, d'action que contre le ſecond mari pour la reſtitution de la valeur de ces choſes, pour laquelle reſtitution ils ont hypotheque ſur les biens du ſecond mari, du jour de l'acte qui contient la donation.

638. Les enfants qui avoient droit de venir à la ſucceſſion de leur mere, quoiqu'ils y aient renoncé, ayant droit, nonobſtant cette renonciation, de partager les biens qui ont été retranchés de la donation exceſſive que leur mere a faite à ſon ſecond mari de ſes biens ordinaires, comme nous l'avons vu *ſup. n.* 568 ; ils doivent avoir pareillement droit de partager les conquêts du premier mariage donnés par leur mere au ſecond mari, dont ils ont fait infirmer la donation. Il y a entiere parité de raiſon.

Pareillement, de même que l'aîné, héritier de ſa mere, prend ſon droit d'aîneſſe dans les biens retranchés, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 593 ; il doit de même le prendre dans les conquêts donnés au ſecond mari, dont la donation a été infirmée.

ARTICLE II.

De la défenſe que fait la Coutume à la femme qui a convolé en ſecondes ou autres noces, de diſpoſer des conquêts de ſes précédents mariages envers quelque perſonne que ce ſoit.

639. Cette défenſe eſt contenue dans ces termes de l'article 279 : *Et quant aux conquêts, n'en peut aucunement diſpoſer*, &c.

Ces termes ſont indéfinis ; ils comprennent quelque perſonne que ce ſoit ; ils ne laiſſent à la femme qui a convolé, la liberté de diſpoſer envers perſonne des conquêts de ſes précédents mariages, au préjudice des portions qu'y doivent avoir les enfants deſdits mariages.

C'eſt la ſeconde différence que la Coutume met entre les conquêts des précédents mariages & les autres biens de la femme qui a convolé ; à l'égard de ceux-ci, elle lui défend ſeulement d'en donner à ſon ſecond mari, plus qu'une part d'enfant ; elle lui laiſſe, à l'égard des autres perſonnes, la liberté qu'a chaque propriétaire de diſpoſer de ſes biens, comme bon lui ſemble, ſoit à titre de donation, ſoit à titre de commerce ; mais à l'égard des

faite par l'article 279 de la Coutume de Paris, eſt très-différente de la ſubſtitution légale faite par le ſecond chef de l'Edit, des biens que la femme qui a convolé a eu de la libéralité de ſes précédents maris.

A l'égard de ceux-ci, l'Edit établit une ſubſtitution légale dont il ſuppoſe que la femme qui a convolé a été tacitement grévée par la donation qui lui en a été faite par ſon mari au profit de leurs enfants communs, auxquels le donateur eſt cenſé l'avoir chargée de les rendre après ſa mort, dans le cas où elle ſe remarieroit.

En conſéquence de cette ſubſtitution, lorſque, par l'exiſtence des deux conditions ſous leſquelles elle eſt faite, c'eſt-à-dire, par ſon convol à un autre mariage, & par ſa mort avant les enfants qui y ſont appellés, cette ſubſtitution vient à être ouverte, toutes les diſpoſitions que la femme a faites des biens qui y ſont compris, ſoit avant ſon convol, ſoit depuis, ſont réſolues, comme nous l'avons vu *ſuprà*.

Pareillement, en conſéquence de cette ſubſtitution, ſoit que la femme ait diſpoſé des biens qui y ſont compris, ſoit qu'elle n'en ait pas diſpoſé, ces biens doivent appartenir aux ſeuls enfants de ſon mariage

avec le mari qui les lui a donnés, ſans que les enfants des autres mariages puiſſent y avoir aucune part.

Et pareillement, ſoit qu'elle ait diſpoſé deſdits biens, ſoit qu'elle n'en ait pas diſpoſé, il n'eſt pas néceſſaire que leſdits enfants ſoient héritiers de leur mere pour les recueillir; ces biens, au moyen de l'ouverture de la ſubſtitution, ne ſont plus dans la ſucceſſion de leur mere; ils leur appartiennent en vertu de la ſubſtitution que leur pere eſt cenſé en avoir faite à leur profit.

L'article 279 n'établit rien de pareil à l'égard *des conquêts.* Les conquêts qu'elle a faits avec ſon premier mari, étant, pour la part qui lui en appartient, des biens qui lui appartiennent de ſon chef, on ne peut pas ſuppoſer une ſubſtitution dont ſon premier mari l'ait grévée au profit de leurs enfants communs par rapport auxdits biens, puiſqu'elle ne les tient pas de lui.

L'article 279 n'établit donc pas, par rapport aux conquêts, une ſubſtitution telle que celle qu'établit le ſecond chef de l'Edit par rapport aux biens dont la femme qui a convolé a été avantagée; elle n'établit, par rapport aux *conquêts*, qu'une ſimple *interdiction d'aliéner*; c'eſt la premiere différence entre l'article 279 & le ſecond chef de l'Edit.

Cette

Cette interdiction d'aliéner que l'article 279 établit par rapport aux conquêts, n'étant contractée par la femme que lors de ſon convol à un autre mariage, les diſpoſitions deſdits conquêts qu'elle a faites auparavant, ſubſiſtent : c'eſt une ſeconde différence entre l'article 279 & le ſecond chef de l'Edit.

Etant de la nature des interdictions d'aliéner, qu'elles n'aient aucun effet, lorſque la perſonne interdite d'aliéner certains biens, eſt morte ſans les avoir aliénés, il s'enſuit que lorſque la femme qui a convolé, meurt ſans avoir aliéné les conquêts de ſes précédents mariages, l'article 279 n'a aucun effet par rapport auxdits conquêts, leſquels paſſent dans ſa ſucceſſion, de même que tous ſes autres biens ; c'eſt une troiſieme différence entre l'article 279 & le ſecond chef de l'Edit.

Il ſuit auſſi de-là, que lorſque la femme qui a convolé, eſt morte ſans avoir diſpoſé deſdits conquêts, leſdits conquêts ſe trouvant en ce cas dans ſa ſucceſſion, comme ſes autres biens, ſes enfants, même ceux du mariage pendant lequel ils ont été faits, ne peuvent en ce cas la recueillir qu'en acceptant ſa ſucceſſion, dans laquelle ils ſe trouvent : c'eſt une quatrieme différence entre l'article 279 & le ſecond chef de l'Edit.

§. II.

Limitation de la défenſe de diſpoſer des conquêts aux portions des enfants du premier mariage.

641. L'interdiction de diſpoſer des conquêts envers quelque perſonne que ce ſoit, qui eſt faite par l'article 279 à la femme qui convole, eſt différente de la défenſe qui lui eſt faite de les donner à ſon ſecond mari : celle-ci eſt illimitée ; la donation qu'une femme a faite de quelqu'un de ſes conquêts à ſon ſecond mari, lorſqu'elle laiſſe en mourant quelqu'enfant de ſon premier mariage, eſt nulle, non-ſeulement pour la portion que l'enfant du premier mariage auroit eue dans ce conquêt, mais elle eſt nulle pour le tout ; & les enfants, tant du premier que du ſecond mariage, ſont reçus à la faire infirmer. Au contraire, l'interdiction de diſpoſer des conquêts envers quelque perſonne que ce ſoit, eſt bornée aux portions qu'y auroient dû avoir les enfants du premier mariage. Cette différence eſt clairement expliquée dans l'article 203 de la Coutume d'Orléans, & elle doit ſe ſuppléer dans l'article 279 de celle de Paris, auquel l'article 203 d'Orléans doit ſervir d'explication, comme il a déja été obſervé *ſuprà*, *n.* 636.

Suivant ces principes, lorſque la femme qui, pendant ſon ſecond mariage, a aliéné quelque conquêt de ſon premier mariage, laiſſe en mourant deux enfants de ſon premier mariage, & trois du ſecond, la diſpoſition ne ſera infirmée que pour les deux cinquiemes portions dont cette femme n'a pu priver les enfants du premier mariage : elle ſubſiſtera pour les trois autres cinquiemes.

§. III.

Quelles eſpeces d'aliénation ſont compriſes ſous la défenſe de diſpoſer des conquêts, établie par l'Article 279.

642. On penſoit autrefois que la défenſe que fait à la femme qui ſe remarie l'art. 279, de diſpoſer des conquêts de la premiere communauté, ne comprenoit pas ſeulement les donations, mais généralement toutes les aliénations ; de maniere que la femme ne pouvoit ni les vendre, ni les aliéner, à quelque titre que ce fût, ni les hypothéquer à ſes créanciers, au préjudice des portions des enfants du premier mariage, leſquels pouvoient les faire délaiſſer aux tiers acquéreurs pour les portions à eux afférentes, pourvu qu'ils ne fuſſent pas héritiers de leur mere, & en

cette qualité tenus de la garantie envers l'acquéreur, ce qui les rendroit non-recevables dans leur demande contre lui. C'eſt ce qu'enſeigne Bacquet, en ſon Traité des Droits de Juſtice, *chap.* 21, où il donne l'interprétation de l'article 279. C'eſt auſſi ce qu'après lui enſeigne Lalande, ſur l'art. 203 de la Coutume d'Orléans, qui a la même diſpoſition.

Il paroît qu'on a depuis changé de principe, & que la défenſe faite par l'art. 279, à la femme qui ſe remarie, de diſpoſer des conquêts de ſa premiere communauté, ne doit s'entendre communément que des diſpoſitions à titre lucratif, & qu'il ne lui eſt point défendu de les vendre & de les hypothéquer pour ſes affaires. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 20 Juillet 1741, rapporté par Deniſar ſur le mot *Conquêt*, dans l'eſpece duquel, les créanciers d'une femme ayant pour des dettes par elle contractées pendant ſon ſecond mariage, ſaiſi réellement un héritage qui étoit un conquêt de ſon premier mariage, les enfants de ſon premier mariage y ayant formé oppoſition, qu'ils fondoient ſur l'article 279, leſdits enfants furent déboutés de leur oppoſition.

La même choſe avoit été jugée peu de jours auparavant, par un autre Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre, dans

l'eſpece d'un homme qui avoit convolé en ſecondes noces. Il eſt auſſi rapporté par Deniſar, *ibidem.*

643. La Juriſprudence n'a pas néanmoins borné abſolument aux titres lucratifs la défenſe de diſpoſer des conquêts ; car quoique la communauté ne ſoit pas un titre lucratif, lorſque l'une des parties n'y apporte pas plus que l'autre, néanmoins on a jugé qu'une veuve qui n'avoit point d'autres biens que ceux de ſa premiere communauté, ne pouvoit en prendre la moindre partie pour former de ſa part une communauté avec ſon ſecond mari ; c'eſt ce qui a été jugé contre la ſucceſſion de la Dame Learles, avant veuve Caſtel, par un Arrêt du 4 Août 1733, cité par Deniſar ſur le mot *Conquêts.*

§. IV.

Quand ce droit qu'ont les enfants de faire infirmer les diſpoſitions que leur mere a faites des conquêts, eſt-il ouvert.

644. Il eſt de la nature de l'interdiction d'aliéner, faite en faveur de certaines perſonnes, que celui qui eſt interdit d'aliéner, eſt cenſé grévé envers ceux en faveur de qui l'interdiction eſt faite, d'une eſpece de ſubſtitution des choſes qu'il eſt interdit d'aliéner, dans le

cas auquel il les aliéneroit contre la défenſe qui lui en eſt faite ; l'aliénation qu'il en fait, eſt la condition qui donne ouverture à cette eſpece de ſubſtitution, & qui en conſéquence donne à ceux en faveur de qui l'interdiction eſt faite, le droit de ſe pourvoir incontinent contre l'acquéreur, pour lui faire délaiſſer les choſes qui lui ont été aliénées, au préjudice de la défenſe d'aliéner.

Néanmoins, à l'égard de l'interdiction d'aliéner, qui eſt établie par l'article 279, le droit des enfants du premier mariage, en faveur de qui elle eſt faite, n'eſt pas ouvert auſſi-tôt que leur mere a aliéné quelque conquêt de ſon premier mariage ; il faut encore, pour qu'il ſoit ouvert, attendre la mort de leur mere : la raiſon eſt, que cette interdiction eſt limitée aux portions que leſdits enfants du premier mariage auroient pu amender de leur mere ; or ce n'eſt que par la mort de leur mere, qu'il peut devenir certain qu'ils en amenderont une portion, & quelles ſeront les portions qu'ils en amenderont : ce ne peut donc être qu'à la mort de leur mere, que peut être ouvert le droit de ſe faire délaiſſer, pour leſdites portions, par les acquéreurs & les tiers détenteurs, les conquêts que leur mere a aliénés contre l'article 279.

§. V.

En quelle qualité les enfants des précédents mariages ont-ils ce droit de ſe faire délaiſſer, pour les portions qu'ils auroient amendées de leur mere, les conquêts qu'elle a aliénés contre la défenſe de l'Article 279.

645. La défenſe que fait l'article 279 à la femme qui a convolé en ſecondes ou autres noces, de diſpoſer des conquêts de ſes précédents mariages, eſt faite en faveur des enfants deſdits précédents mariages, en leur qualité d'enfants; c'eſt pourquoi je penſe que, lorſque la femme qui a convolé en ſecondes noces, a aliéné quelqu'un des conquêts de ſon premier mariage, il n'eſt pas néceſſaire que les enfants dudit premier mariage ſoient héritiers de leur mere, pour révendiquer contre l'acquéreur les portions qu'ils auroient amendées de leur mere dans ledit conquêt, ſi leur mere ne l'eût pas aliéné.

Borjon décide, au contraire, que les enfants du premier mariage ne peuvent demander leurs portions dans leſdits conquêts, même contre les tiers auxquels leur mere les a aliénés, s'ils ne ſont hé-

[illegible] de l'Homme & du Mariage,

[illegible] de leur mutuel. Sa raison est, que [illegible] entretenir de l'amitié entre [illegible] par rapport aux [illegible] se doivent porter [illegible] mutuellement, [illegible] plus que celle que contient [illegible] entre [illegible] et l'Epouse; que ces articles ne [illegible] point aux [illegible] d'une [illegible] ordinaire, [illegible] à [illegible] des différentes Coutumes [illegible] une certaine notion des choses, [illegible] [illegible] de la ligne d'où ils [illegible] [illegible] des propres, ou des Acquêts, [illegible] dans une certaine personne [illegible] [illegible] de ses propres plus [illegible] [illegible] des Coutumes, [illegible] [illegible] de cette personne, [illegible] [illegible], dans presque la totalité [illegible] [illegible] une femme [illegible] [illegible] [illegible]

faite ; il ne s'enſuit nullement que toutes les autres réſerves coutumieres & légales qui réſultent d'une défenſe de diſpoſer que la loi fait, doivent néceſſairement être faites en faveur des héritiers de la perſonne à qui la loi défend de diſpoſer ; & par conſéquent, il ne s'enſuit nullement que la réſerve qui réſulte de la défenſe qui eſt faite par l'article 279 à la femme qui s'eſt remariée, de diſpoſer de ſes conquêts, ſoit faite en faveur des enfants de ſon premier mariage, en leur qualité de ſes héritiers.

Les loix qui défendent de diſpoſer de certaines choſes, renferment une réſerve de ces choſes au profit de ceux en faveur de qui la défenſe eſt faite : cette réſerve eſt une eſpece de ſubſtitution, dont la perſonne à qui la défenſe eſt faite, eſt grévée par la loi envers les premiers, dans le cas où elle diſpoſeroit contre la défenſe de la loi ; cette ſubſtitution leur donne le droit de révendiquer les choſes, lorſqu'elles ont été aliénées contre la défenſe ; & elle s'éteint lorſque la perſonne à qui elle eſt faite, eſt morte ſans avoir contrevenu à la loi.

Quelquefois la défenſe de diſpoſer, & la réſerve qu'elle contient, eſt faite en faveur des héritiers de la perſonne à qui la

défenſe eſt faite en leur qualité d'héritiers.

Telle eſt, dans certaines Coutumes, la défenſe de donner, même entre-vifs, au-delà d'une certaine portion de ſes propres.

Quelquefois auſſi la défenſe de diſpoſer & la réſerve qu'elle renferme, eſt faite en faveur de certaines perſonnes en une autre qualité que celle d'héritiers de celle à qui la défenſe eſt faite; & en ce cas il n'eſt pas néceſſaire, pour jouir de cette réſerve, qu'ils ſoient héritiers de la perſonne à qui la défenſe eſt faite.

Par exemple, le premier chef de l'Edit défend à la femme de donner au ſecond mari plus qu'une portion d'enfant; cette défenſe contient une réſerve légale au profit de ſes enfants, de ce qu'elle auroit donné à ſon ſecond mari de plus qu'une portion d'enfant.

Tous conviennent que cette réſerve eſt faite aux enfants de cette femme en leur ſeule qualité d'enfants, & non en qualité d'héritiers, & qu'il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient héritiers de leur mere pour jouir de cette réſerve; il en doit être de même de la défenſe de diſpoſer des conquêts, faite par l'article 279 de la Coutume de Paris, & de

la réſerve qu'elle renferme. Cette réſerve doit pareillement être cenſée faite aux enfants en leur ſeule qualité d'enfants, & ils doivent pareillement jouir de cette réſerve, quand même ils ne ſeroient pas héritiers de leur mere. En effet, l'article 279 de Paris n'eſt qu'une extenſion de l'Edit; la Coutume eſt cenſée dans cet article avoir eu les mêmes vues que l'Edit, & avoir par conſéquent de même que l'Edit, conſidéré les enfants en faveur de qui la défenſe de diſpoſer eſt faite, en leur ſeule qualité d'*enfants.*

Dira-t-on que l'article 279, par ces termes, *& quant aux conquêts.. n'en peut diſpoſer aucunement au préjudice des portions dont les enfants deſdits premiers mariages pourroient amender de leur mere*, ſuppoſe que, pour jouir de cette réſerve, il faut que leſdits enfants ſoient héritiers de leur mere ?

Je réponds que ces termes ne ſuppoſent point cela; ces termes, *des portions.... dont ils pourroient amender de leur mere*, ſignifient des portions auxquelles ils auroient droit de ſuccéder à leur mere dans leſdits conquêts : il n'en réſulte autre choſe, ſinon que pour que les enfants puiſſent jouir de cette réſerve, il faut qu'ils aient le droit de ſuccéder à leur mere : il faut

qu'ils ſoient habiles à venir à ſa ſucceſſion ; mais il n'eſt pas néceſſaire qu'ils acceptent ſa ſucceſſion : de même que, pour jouir de celle du premier chef de l'Edit, & pour être reçus à faire réduire la donation exceſſive faite au ſecond mari, il eſt néceſſaire qu'ils ſoient habiles à ſuccéder à leur mere, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 570 ; mais il n'eſt pas néceſſaire qu'ils acceptent ſa ſucceſſion.

646. Quoique, ſi la femme qui s'eſt remariée n'eût pas diſpoſé des conquêts de ſon premier mariage, les enfants de ſon ſecond mariage euſſent ſuccédé auxdits conquêts avec ceux du premier ; néanmoins lorſque cette femme a diſpoſé de quelqu'un deſdits conquêts, par donation faite à un étranger, la donation n'étant infirmée par l'article 279, que pour les portions afférentes aux enfants du premier mariage dans ledit conquêt, & étant valable pour le ſurplus, les enfants du ſecond mariage n'y ont en ce cas aucune part ; les enfants du premier mariage ont ſeuls les portions qui leur reviennent dans ledit conquêt, ſans qu'ils ſoient tenus d'en faire aucune part à ceux du ſecond, quand même ils viendroient avec eux à la ſucceſſion de leur mere.

Cela n'eſt point contraire au principe que des enfants venants à la ſucceſſion de leur pere ou mere, ne peuvent être avantagés les uns plus que les autres. Il eſt vrai que nous ne pouvons avantager de nos biens l'un de nos enfants plus que les autres venants à notre ſucceſſion ; mais, quoique dans cette eſpece les enfants du premier mariage aient ſeuls les portions à eux afférentes dans ce conquêt dans lequel ceux du ſecond n'ont rien, ils ne ſont pas pour cela avantagés par leur mere, ni dans la ſucceſſion de leur mere, plus que ceux du ſecond mariage ; car les portions qu'ils ont dans le conquêt, pour leſquelles ils ont fait infirmer la donation que leur mere en avoit faite, ſont un bien qu'ils ne tiennent pas de la ſucceſſion de leur mere, qui l'avoit aliéné.

Cela ſert encore à confirmer notre ſentiment, qu'il n'eſt pas néceſſaire que les enfants du premier mariage ſoient héritiers de leur mere, pour être reçus à ſe pourvoir contre ceux envers qui leur mere a diſpoſé des conquêts du premier mariage ; car leurs portions dans ces conquêts, pour leſquelles ils font infirmer la donation, n'étant point cenſées dépendre de la ſucceſſion de leur mere ; il s'enſuit qu'il n'eſt pas néceſſaire qu'ils

ſoient héritiers de leur mere pour les recueillir.

§. VI.

Quand ceſſe l'interdiction.

647. L'interdiction que l'art. 279 prononce contre la femme qui s'eſt remariée, de diſpoſer des conquêts faits avec ſes précédents maris, ceſſe en deux cas exprimés par les termes dudit article : » Toutefois, eſt-il dit, ſi ledit mariage » eſt diſſous, ou que les enfants du pré» cédent mariage décedent, elle en peut » diſpoſer comme de ſa choſe. »

Le premier cas eſt donc lorſque le ſecond mariage eſt diſſous, l'interdiction dans laquelle ce ſecond mariage avoit mis la femme, ceſſe pour l'avenir ; elle peut dorénavant diſpoſer librement ; la raiſon eſt que cette interdiction avoit pour fondement la crainte que le ſecond mari ne portât cette femme à diſpoſer au préjudice des enfants du premier mariage ; cette raiſon venant à ceſſer par la mort du ſecond mari, l'interdiction doit ceſſer.

Le ſecond cas eſt lorſque tous les enfants du premier mariage ſont prédécédés ſans laiſſer aucune poſtérité ; la raiſon eſt que ce n'étoit qu'en leur faveur

que l'interdiction étoit établie ; c'eſt pourquoi, non-ſeulement en ce cas l'interdiction ceſſe pour l'avenir, mais les aliénations que la femme avoit faites auparavant, ſont confirmées, ne reſtant perſonne qui ſoit recevable à les attaquer.

ARTICLE III.

Si la diſpoſition de l'Article 279 de Paris ſur les conquêts du précédent Mariage, doit être étendue à l'homme qui s'eſt remarié ; & ſi elle a lieu dans les autres Coutumes.

§. I.

Si l'Article doit être étendu à l'homme qui s'eſt remarié.

648. On a beaucoup agité la queſtion ſi la diſpoſition de l'article 279 de la Coutume de Paris ſur les conquêts que la femme qui s'eſt remariée, a faits avec ſes précédents maris, devoit être étendue à l'homme qui ſe remarie ?

Pour la négative, on dit que cette diſpoſition étant exorbitante du droit commun, n'eſt pas ſuſceptible d'extenſion ; d'ailleurs, les raiſons ſur leſquelles paroît être fondée la loi, pour défendre à la femme qui s'eſt remariée, de diſpoſer des

conquêts de ſes précédents mariages, ne militent pas de même à l'égard de l'homme qui s'eſt remarié. Ces raiſons ſont que, ſi la femme ne tient pas proprement de ſon défunt mari, les biens qu'elle a pour ſa part de ſa premiere communauté, au moins elle eſt redevable de ces biens, à la grace que ce mari lui a faite de lui accorder communauté de biens, & au travail & à l'induſtrie de ſon mari, qui a acquis ces biens à la communauté : or ces raiſons ſont particulieres à la femme, & ne militent point pareillement à l'égard du mari ; on ne peut pas dire de même que le mari eſt redevable à ſa femme de ſa part en la communauté. Le droit de communauté eſt une eſpece de bénéfice que la femme reçoit du mari, & non le mari de la femme ; & c'eſt principalement par le travail & par l'induſtrie du mari, que les biens ſont acquis à la communauté.

Au contraire, pour étendre à l'homme qui s'eſt remarié, cette diſpoſition de la Coutume, on dit que dans la premiere partie de l'article 279, elle n'a fait aucune diſtinction entre la femme & l'homme ; par conſéquent, de même que dans la premiere diſpoſition de cet article elle eſt cenſée avoir entendu de l'homme auſſi-bien que de la femme, ce qu'elle a dit de la

femme ; elle doit pareillement être censée avoir entendu de l'homme ce qu'elle a dit de la femme dans sa seconde disposition.

On répond à ce qui a été dit pour l'opinion contraire, que, quoique la disposition de l'article 279 sur les conquêts, soit exorbitante en ce sens qu'elle ajoute à l'Edit, elle n'en est pas moins favorable, & par conséquent susceptible d'extension ; les mêmes raisons qui militent à l'égard de la femme, militent à l'égard de l'homme : l'homme ne fait pas plus de bénéfice à sa femme, en contractant une communauté, lorsqu'elle est égale, que sa femme ne lui en fait ; & si la femme est redevable au travail & à l'industrie de son mari, des bons succès de la communauté, le mari, de son côté, n'en est pas moins redevable à sa femme, qui y a contribué par ses soins & par son bon ménage.

Par Arrêt du 4 Mars 1697, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, la Cour a étendu à l'homme la disposition de l'article 279 sur les conquêts, en jugeant qu'un homme n'avoit pu rien donner à une seconde femme des conquêts de sa premiere communauté.

La même chose avoit été jugée par un Arrêt précédent, appellé vulgairement l'Arrêt des Poitevins. Ces Arrêts

ont fixé à cet égard la Juriſprudence; & on ne doute plus aujourd'hui que l'homme qui ſe remarie, ne peut rien donner de ſes conquêts à ſa ſeconde femme; mais il n'eſt pas également certain que l'autre partie de cette diſpoſition de l'article 279, qui défend à la femme qui s'eſt remariée de diſpoſer des conquêts de ſa premiere communauté envers quelque perſonne que ce ſoit, doive pareillement s'étendre à l'homme.

§. II.

Si la diſpoſition de l'Article 279 de la Coutume de Paris ſur les conquêts, a lieu ailleurs; & à quelle Coutume on doit avoir égard, pour décider ſi la diſpoſition qu'une femme qui s'eſt remariée a faite des conquêts de ſes précédents mariages, eſt valable.

649. La diſpoſition de l'article 279 de la Coutume de Paris ſur les conquêts, n'étant point contenue dans l'Edit des ſecondes noces, & étant un droit nouveau que cette Coutume a ajouté à l'Edit, le droit qui renferme cette diſpoſition, eſt un droit local & particulier à la Coutume de Paris qui l'a établi, lequel ne doit pas être ſuivi dans les au-

tres Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 2 Avril 1683, rapporté au Journal des Audiences. Notre Coutume d'Orléans, en l'article 203, a adopté cette diſpoſition de la Coutume de Paris.

650. Cette diſpoſition ayant pour objet les biens des communautés des précédents mariages d'une femme qui convole en ſecondes ou autres noces, que la Coutume ſe propoſe de conſerver aux enfants, elle eſt de la claſſe des Statuts qu'on appelle *Statuts réels.*

Les Statuts réels, à l'égard des biens qui ont une ſituation, exerçant leur empire ſur ceux qui ſont ſitués dans leur territoire, & non ſur ceux qui ſont ſitués ailleurs; il s'enſuit que ſi une femme, domiciliée dans une province qui n'a point de loi ſemblable à celle de Paris, ſe remarie, & qu'elle ait des conquêts de ſes précédents mariages, ſitués dans le territoire de la Coutume de Paris, quoique cette femme, étant domiciliée dans une autre province, ne ſoit point, quant à ſa perſonne, ſujette à la Coutume de Paris; elle y eſt ſujette par rapport à ſes conquêts qu'elle a dans le territoire de la Coutume de Paris, ſur leſquels cette Coutume a droit d'exer-

cer ſon empire, comme étant dans ſon territoire; c'eſt pourquoi elle n'en pourra rien donner à ſon nouveau mari, ni en diſpoſer envers quelque perſonne que ce ſoit.

Contrà vice verſâ : ſi une perſonne de Paris qui s'eſt remariée, a des conquêts de ſon premier mariage ſitués dans une Province qui n'a pas une loi ſemblable à celle de Paris ſur les conquêts, elle pourra donner à ſon ſecond mari une portion d'enfant dans leſdits conquêts, de même que dans ſes autres biens, & elle en pourra diſpoſer librement envers d'autres perſonnes; car, quoiqu'elle ſoit ſoumiſe, quant à ſa perſonne, à la Coutume de Paris, elle ne l'eſt pas par rapport auxdits biens, ſur leſquels la Coutume de Paris ne peut exercer ſon empire, étant ſitués hors de ſon territoire.

Obſervez qu'il n'y a de biens qui aient ou ſoient cenſés avoir une ſituation, que les héritages, c'eſt-à-dire, les fonds de terre & maiſons, les droits réels qu'on a dans un héritage, tels que les droits de directe ſeigneuriale, ou de rente foncière, & les créances qui ont pour objet un héritage, telle que celle qu'a l'acheteur d'un héritage pour ſe le faire livrer. Les rentes ſur l'Hôtel-de-Ville de Paris

ſont auſſi cenſées avoir une eſpece de ſituation à Paris, où eſt le Bureau de paiement.

651. A l'égard des autres rentes conſtituées, des meubles corporels, & des créances de ſommes d'argent ou de choſes mobilieres, ces biens n'ayant aucune ſituation, ſe régiſſent par la loi à laquelle eſt ſujette la perſonne à qui ils appartiennent.

Suivant ces principes, une Pariſienne qui convole à de ſecondes noces, ne peut rien donner à ſon ſecond mari de ſes rentes & de ſes meubles conquêts de ſon premier mariage.

Cela a lieu, quand même elle épouſeroit un homme d'une autre province, où il n'y a pas une loi ſemblable à celle de Paris; car, quoique cette femme doive, dans l'inſtant qu'elle contractera mariage avec cet homme, prendre le domicile de cet homme, & perdre le ſien, & par conſéquent ceſſer d'être ſujette à la Coutume de Paris, il ſuffit qu'au temps de ſon contrat de mariage, qui doit précéder celui de ſon mariage, elle n'ait pas encore perdu ſon domicile, & ſoit encore ſujette à la Coutume de Paris, pour qu'elle ne puiſſe diſpoſer par ſon contrat de mariage, de ſes rentes & meubles conquêts contre la diſpoſition de la Coutume de Paris. Quoi-

que, lors de ſon mariage, elle ne ſoit plus ſujette à la Coutume de Paris, ſon mariage, qui confirme les diſpoſitions du contrat de mariage, ne peut pas confirmer celles qui n'étoient pas valables, lorſqu'elles ont été faites.

652. *Vice verſâ* : lorſqu'une femme d'une province où il n'y a pas une loi ſemblable à l'article 279 de Paris ſur les conquêts, épouſe en ſecondes noces un Pariſien, la donation qu'elle lui fait par ſon contrat de mariage, de quelques rentes ou effets mobiliers de la premiere communauté, eſt valable, juſqu'à la concurrence d'une part d'enfant; car, quoique par le mariage qu'elle doit contracter, elle doive perdre ſon domicile, acquérir celui de ſon mari, & par conſéquent devenir ſujette à la Coutume de Paris, il ſuffit que lors de ſon contrat de mariage, elle retienne encore ſon domicile, & ne ſoit pas encore ſujette à la Coutume de Paris, pour que la donation qu'elle a faite à ſon ſecond mari par ſon contrat de mariage, ne doive pas ſe régler par la Coutume de Paris qui la lui interdit; mais par la loi du lieu du domicile qu'elle n'a pas encore perdu, qui ne la lui interdit pas.

Il eſt vrai que cette donation, de même que toutes les conventions du contrat de mariage, dépend de la condition, *ſi nup-*

tiæ ſequantur, & qu'elle eſt confirmée par le mariage, par conſéquent dans un temps auquel elle devient ſujette à la Coutume de Paris ; mais l'exiſtence des conditions appoſées à des actes entre-vifs ayant un effet rétroactif au temps de l'acte, la donation eſt cenſée avoir eu toute ſa perfection, dès le temps auquel elle a été contractée, & par conſéquent dans un temps où cette femme n'étant pas encore ſujette à la Coutume de Paris, il lui étoit permis de donner ce qu'elle a donné.

CHAPITRE III.

Des peines de l'Ordonnance de Blois contre les femmes qui contractent des Mariages avec des personnes indignes.

Henri III, par l'Ordonnance de Blois, art. 18, a établi pour un cas particulier une nouvelle peine contre les veuves qui se remarient ayant enfans : c'est celui auquel elles se remarient à un homme indigne de leur condition.

Voici les termes de cet article : « D'autant que plusieurs femmes veuves, même ayant enfans d'autres mariages, se remarient facilement à personnes indignes de leur qualité, & qui pis est, les donnent à leurs valets ; nous avons déclaré & déclarons tous dons & avantages qui par icelles veuves, ayant enfans de leurs premiers mariages, seront faits à telles personnes, sous couleur de donation, vendition, association à leur communauté, ou autre quelconque, nuls & de nul effet ; & icelles femmes, lors de la convention de tels mariages, avons mis & mettons en l'interdiction de leurs biens ; leur défendons les ven-

» dre,

» dre, ou autrement aliéner en quelque » ſorte que ce ſoit, & à toutes perſonnes » d'en acheter, ou faire avec elles autres » contrats par leſquels leurs biens puiſſent » être diminués ; déclarons leſdits contrats » nuls & de nul effet ».

Cette loi, qui prononce des peines contre les veuves qui convolent à un mariage déshonorant avec des perſonnes indignes de leur qualité, eſt une extenſion de l'Edit des ſecondes noces ; elle ne concerne que celles qui ont des enfants de leurs précédents mariages : c'eſt ce qui paroît par les termes du diſpoſitif : *Nous avons déclaré tous dons.... qui par leſdites ventes* AYANT ENFANTS *de leurs premiers mariages, ſeront faits, &c.* Celles qui n'en ont point, ne ſont donc point ſujettes aux peines de cette loi.

654. Une veuve eſt cenſée ſe remarier à une perſonne *indigne de ſa qualité*, lorſqu'étant veuve d'un Gentilhomme ou d'un homme conſtitué en dignité, elle épouſe un homme d'une profeſſion dérogeante à nobleſſe, tel qu'eſt un Artiſan, un Sergent, *&c.* La veuve d'un ſimple Bourgeois d'un état honnête, eſt auſſi cenſée épouſer un homme indigne de ſa qualité, lorſqu'elle épouſe un homme de la lie du peuple, tel qu'eſt un gagne-denier.

Une veuve eſt ſur-tout cenſée épouſer un homme indigne de ſa qualité, lorſqu'elle épouſe *ſon valet*, comme il réſulte des termes de l'Ordonnance : *Et qui pis eſt aucunes leurs valets* : ce qui comprend non-ſeulement ceux du plus bas rang, tels que les laquais, mais généralement tous les domeſtiques : par exemple, une veuve de condition qui épouſeroit ſon Maître-d'hôtel, ſeroit ſujette aux peines de cette Ordonnance.

655. Cette loi ajoute des peines à celles portées par l'Edit des ſecondes noces : elle ne reſtreint pas ſeulement la liberté de donner à un ſecond mari ; elle prive entiérement la veuve de la faculté de lui faire aucun avantage direct ou indirect : elle fait plus, elle veut qu'icelles femmes, *lors de la convention de tels mariages*, c'eſt-à-dire, non-ſeulement du jour de ces mariages, mais du jour des fiançailles ou accords faits pour un tel mariage, ſoient interdites d'aliéner & d'engager leurs biens.

La raiſon eſt, comme l'obſerve Coquille ſur cet article de l'Ordonnance, qu'une femme ſe montrant, en contractant un tel mariage, être dépourvue de ſens, elle mérite d'être interdite de la diſpoſition de ſes biens.

656. Cette interdiction n'a pas d'effet

rétroactif : c'eſt pourquoi les aliénations que cette femme auroit faites avant les accords de ce mariage indigne, ſont valables, pourvu que ce ne ſoit pas des biens qu'elle tient de la libéralité de ſon premier mari, qu'elle ait aliénés, *ſup. n.* 616. Comme auſſi, pourvu que ce ne ſoit pas des donations directes ou indirectes, faites à la perſonne indigne qu'elle a depuis épouſée ; car elles ſeroient ſuſpectes d'avoir été faites en contemplation de ſon futur mariage qu'elle a depuis contracté avec cette perſonne, & d'être faites en fraude de la loi.

657. Quoique l'article de l'Ordonnance qui porte cette interdiction, ſoit fait en faveur des enfants du premier mariage, néanmoins les enfants du premier mariage revendiquant ces biens comme biens de leur mere qu'elle n'a pas eu le pouvoir d'aliéner n'y d'obliger, les enfants du ſecond mariage, s'il y en a, doivent y être admis avec eux, ayant un droit égal au leur aux biens de leur mere commune ; mais ſi les enfants du premier mariage étoient tous prédécédés, la diſpoſition de l'Ordonnance n'ayant été faite qu'en leur faveur, les enfants du ſecond mariage, ni les héritiers collatéraux de la femme ne ſeroient pas reçus à attaquer les aliénations qu'elle auroit faites de ces biens.

658. La diſpoſition de cet article de l'Ordonnance de Blois, doit-elle être étendue à un homme veuf ayant enfants, qui ſe remarie à une femme indigne de ſa condition ? La raiſon de douter eſt que cette diſpoſition eſt une extenſion de l'Edit des ſecondes nôces ; par conſéquent, de même que l'Edit des ſecondes nôces a été étendu à l'homme, quoique le premier chef n'eût parlé que de la femme, il ſemble que cette diſpoſition, qui eſt une extenſion de l'Edit, doive, de même que l'Edit, être étendue à l'homme.

Néanmoins il faut décider qu'elle n'y doit pas être étendue, étant fondée ſur des raiſons qui ſont particulieres à la femme, & qui ne s'appliquent pas à l'homme. En effet, les peines portées par cet article contre une veuve de qualité qui ſe remarie à une perſonne indigne, ſont une réparation que la loi accorde aux enfants du premier mariage, de l'injure atroce que leur mere fait à la mémoire de ſon mari, en abdiquant le nom illuſtre qu'il lui avoit donné, & une famille illuſtre dans laquelle il l'avoit fait entrer, pour prendre le nom, & entrer dans la famille d'une perſonne indigne ; il eſt évident que cela ne peut s'appliquer à l'homme, puiſque ce n'eſt pas l'homme qui acquiert par le mariage le nom & la famille de la femme ;

mais la femme qui acquiert le nom & la famille de l'homme. D'ailleurs, quoiqu'un homme ſe déshonore en épouſant une femme indigne de ſa condition, dont il a fait, en l'épouſant, ſa compagne, ce déshonneur dont il ſe couvre n'eſt pas comparable à l'ignominie dont ſe couvre une femme en épouſant un homme indigne de ſon rang, auquel en l'épouſant elle s'aſſujettit, & à la condition duquel elle ſe réduit. On ne peut donc pas dire qu'il y ait une parité de raiſon qui puiſſe faire étendre à l'homme qui ſe remarie à une perſonne indigne de ſon rang, les peines que la loi a établies dans ce cas contre la femme.

FIN.

TABLE
DES MATIERES,
PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

A

ADULTERE, étoit anciennement empêchement dirimant dans tous les cas contre la femme & ſon adultere, Tom. I. 275 *juſqu'à* 278.
Selon la diſcipline préſente il ne l'eſt que lorſqu'il a été commis ſous promeſſe d'épouſer, ou qu'il a été accompagné du meurtre du mari, 280, 281.
A plus forte raiſon, l'adultere public que commet une femme en épouſant, du vivant de ſon mari qu'elle ſçait vivant, un autre homme, doit-il former un empêchement qui empêche que même après la mort du premier, on ne puiſſe réhabiliter ce prétendu mariage, 281--286.
ADULTERE de la femme rompt-il le lien du mariage, T. II. 134--153.
Paſſages de Saint Matthieu ſur cette queſtion, 134--137.
La queſtion a ſouffert difficulté dans les premiers ſiecles. Examen des Conciles d'Arles & d'Elvire, 137 *& ſuiv.*
Pluſieurs diſtinguoient l'adultere de la femme & celui du mari, 139--141.
Quelques anciens Peres ont cru que l'adultere de la femme rompoit le lien du Mariage, 141, 142.

Saint Auguſtin a traité le queſtion *ex profeſſo* ; & l'a décidée pour l'indiſſolubilité du lien, 143—145.
La déciſion de ſaint Auguſtin a été conſtamment ſuivie dans l'Egliſe latine, 146—152.
Ce qui ſe paſſa ſur cette queſtion au Concile de Trente, 152, 153.
ADULTERE (accuſation d'). Le mari ſeul eſt recevable à l'intenter, T. II. 196.
Lorſqu'il l'a intentée de ſon vivant, ſes héritiers peuvent reprendre l'inſtance, à moins qu'il ne s'en ſoit déſiſté, ou ait pardonné de ſon vivant, 194, 195.
Lorſque le mari ne ſe plaint pas, le Miniſtere public ne peut intenter cette accuſation s'il n'y a ſcandale public, 195.
Peines qu'il eſt d'uſage de prononcer contre les femmes convaincues d'adultere, 195, 196.
La peine de recluſion ne rend pas la femme abſolument incapable de mariage après la mort de ſon mari, 196, 197.
AFFINITÉ. Ce que c'eſt, T. I. 191.
Ce qui produit l'affinité ſelon le Droit civil, 192.
Selon le Droit canon, *ibid.*
AFFINITÉ (l') défendue par le Lévitique, non-ſeulement dans la ligne directe, mais dans quelques dégrés de la collatérale, 193, 194.
Par l'ancien Droit romain, l'empêchement de l'affinité eſt borné à la ligne directe. Conſtance défendit depuis d'épouſer la veuve de ſon frere, & la ſœur de ſa défunte femme, 194, 195.
Les Loix romaines n'ont pas étendu la défenſe plus loin : Bévue de l'Auteur des Conférences de Paris, 195, 196.
L'Egliſe défendoit les mariages dans les degrés d'affinité collatérale mentionnés au Lévitique, dès avant que les Loix romaines les euſſent défendus, 196, 197.
Extenſion de l'empêchement d'affinité en colla-

térale dans les mêmes degrés que ceux de parenté, 197--202.
Le Concile de Latran l'a reſtreint au quatrieme, de même que celui de parenté, 202.
AFFINITÉ du ſecond & du troiſieme genre abrogés par le Concile de Latran, 202--204.
AFFINITÉ (eſpece d') qui naît de la fornication; le Concile de Trente a reſtreint au ſecond degré de la collatérale l'empêchement qui en réſulte, 205.
Cet empêchement étoit-il connu par les Loix romaines, 206--208.
Etoit-il admis dans l'Egliſe dans les premiers ſiecles, 209, 210.
Avant le Concile de Trente s'étendoit-il auſſi loin que celui de l'affinité proprement dite, 210--215.
Le Concile, en bornant l'empêchement au ſecond degré, permet-il le mariage dans les degrés ultérieurs, 313, 314.
Admet-on la preuve du commerce charnel qu'on prétend avoir produit l'empêchement, 215, 216
Cette affinité eſt un empêchement dirimant à l'égard du mariage qui ſeroit contracté depuis le commerce charnel qui l'a produite, *ſecùs* du mariage durant lequel ce commerce eſt intervenu, 217--221.
AGE. Quel eſt l'âge requis pour les Fiançailles, T. I. 37.
Pour le mariage, 99.
ALLIANCE SPIRITUELLE (trois eſpeces d'), T. I. 224--227.
La Loi de Juſtinien qui a fait un empêchement dirimant de la premiere eſpece, eſt le plus ancien monument de l'alliance ſpirituelle, 228, 229.
ALLIANCE DE COMPÉRAGE, 226.
N'eſt point une invention moderne, 247.
Diſcipline dans les différents temps ſur l'alliance

ſpirituelle, 228--244.
Le Concile de Trente a reſtreint l'empêchement de l'alliance ſpirituelle aux deux premieres eſpeces, & a abrogé toutes les autres, 245, 246.
ALLIANCE SPIRITUELLE (l') eſt un empêchement dirimant du mariage qui ſeroit contracté depuis qu'elle a été contractée; non de celui pendant lequel elle a été contractée, 248, 249.
Différentes extenſions de l'alliance ſpirituelle abrogées par le Concile, 251--258.
ARRHES de mariage, T. I. 47, 48, 49.

B

BANS de mariage. Antiquité & motif de cette diſcipline, T. I. 73, 74.
Sont-ils d'une abſolue néceſſité, 74, 75.
Leur forme, 76.
Par qui, où, & en quel temps ſe doit faire leur publication, 76--80.
Choſes dont le Curé doit s'aſſurer avant de les publier, 81.
Des diſpenſes de Bans, 82--85.
Des oppoſitions aux Bans, 85--89.
Un Curé n'a pas droit de former oppoſition aux Bans que des perſonnes qu'il prétend ſes Paroiſſiens font publier dans une autre Paroiſſe, T. II. 86.
Il eſt défendu aux Curés, à peine de ſuſpenſe & de dommages-intérêts, de paſſer outre à la célébration du mariage, au préjudice des oppoſitions aux Bans, T. I. 464, 465.
Doivent laiſſer l'intervalle uſité, quoiqu'il n'y ait d'oppoſition, 465, 466.
BASILE. Opinion outrée de S. Baſile, ſur les troiſiemes & ultérieurs mariages, T. II. 199.
BASTARDS. Enfants nés d'un mariage valablement contracté; mais privé par la loi des

effets civils, ne ſont pas bâtards, quoiqu'ils n'aient pas les droits de famille, T. II. 65.
Obligations des peres & meres envers leurs enfants bâtards; & des bâtards envers leur pere & leur mere, 15, 16.
BASTARDS. N'ont pas beſoin du conſentement de leurs pere & mere pour ſe marier, T. I. 409, 410.
BÉNÉDICTION NUPTIALE. Son antiquité, T. I. 414--417.
N'étoit pas néanmoins dans les premiers ſiecles, de néceſſité pour la validité du mariage, 418--421.
Ni même pour le Sacrement, 421, 422.
Loi des Rois de France qui ont requis, pour la validité du mariage, la bénédiction nuptiale, ou du moins l'intervention du Curé, 422, 426.
Diſcipline de l'Egliſe dans le douzieme ſiecle, ſur les mariages clandeſtins, qui ne ſe faiſoient point en face d'Egliſe, 426, 430.
Ce qui ſe paſſa à ce ſujet, au Concile de Trente, 430--433.
Forme preſcrite par le Concile de Trente, & par nos Ordonnances, pour la célébration des mariages. *Voyez* CURÉ.

C

CARÊME. Antiquité & ſolidité de la diſcipline de ne pas célébrer les mariages en carême, & autres temps défendus; ſcandaleuſe facilité avec laquelle on en accorde diſpenſe, T. I. 466--470.
CASSATION DE MARIAGE. Ce que c'eſt, T. II. 74.
Demande en caſſation de mariage peut s'intenter par l'une des parties, même par celle qui a trompé l'autre, pourvu qu'elle allegue

[illegible] mais elle n'est pas recevable [illegible] 75--78.

[illegible] pas recevable à opposer son [illegible] 78.

[illegible] parties capables pour [illegible] mineur, fait sans leur [illegible] 79, 80.

[illegible] de l'approba- [illegible] y ont depuis don- [illegible] *ibid.*

[illegible] majeur persévere [illegible] 80.

[illegible] un intérêt né à [illegible] recevables à l'at- [illegible] homme a [illegible] du vivant de la [illegible] on attaque [illegible] le pre- [illegible] 85.

[illegible] ne peuvent, tant [illegible] leur mariage, [illegible] y peuvent être [illegible] aux [illegible] & les conven- [illegible] 81--84.

[illegible] pour attaquer [illegible] étranger, [illegible] 85, 86.

[illegible] pas un mariage, [illegible] 87.

[illegible] même en cas [illegible] 88, 89.

[illegible] 15 Juin [illegible] d'assigner de- [illegible] pour la représenta- [illegible] de mariage, 89--93.

Lorsque c'est l'une des parties contractantes, qui se pourvoit contre son mariage, elle peut

prendre la voie ordinaire, en portant la demande devant l'Official, à qui nos Rois ont attribué la connoiſſance de ces matieres; ou prendre la voie extraordinaire, qui eſt l'appel comme d'abus, 97, 98.
Lorſque ce ſont les peres, meres & les parents collatéraux après la mort, c'eſt par la voie de l'appel comme d'abus, 93--96.
Choſes particulieres dans les demandes en caſſation de mariage : faits, quoique avoués par la partie, ne ſont pas tenus pour avérés, & le Juge n'en doit pas moins faire la preuve, 98.
Un empêchement dirimant ne peut s'établir par la déclaration d'une partie, quoiqu'elle offre de la confirmer par ſerment, & qu'elle ſoit ſoutenue du bruit public, 99, 100.
Un jugement, quoique paſſé en force de choſe jugée, peut ſe rétracter ſur des preuves de nouveau ſurvenues, 102, 103, 104.
CATHARES, hérétiques qui condamnoient les ſeconds mariages, T. II. 198.
COMPERAGE. *Voyez* ALLIANCE SPIRITUELLE.
CONCUBINATUS. Eſpece de mariage des Romains, T. I. 7. *& ſuiv.*
A encore lieu en Allemagne, 12.
Eſt rejetté en France, *ibidem.*
CONQUETS. Extenſion que l'article 279 de Paris a faite à l'Edit, par rapport aux conquêts des précédentes communautés de la femme qui convole, T. II. 328, 329.
Différences des diſpoſitions de cet article & de celle du ſecond chef, 329, 330, 358--361.
Les meubles d'une premiere communauté ſont compris ſous le terme conquêts, auſſi-bien que les immeubles, 332--340.
Le mobilier que la femme avoit apporté pour compoſer ſa premiere communauté, eſt-il

compris. 340–343.
Quid, d'un héritage qui auroit été ameubli, 343–345.
Des conquêts de la continuation de communauté, 345–348.
De la somme à laquelle a été fixée par le contrat du premier mariage, la part de la femme en la communauté, 348.
La femme ne peut rien donner du tout de ses conquêts à son second mari, 349–354.
Des actions qu'ont les enfants pour se faire délaisser les conquêts donnés au second mari; & comment ils les partagent entr'eux, 354–356.
Interdiction de disposer envers quelque personne que ce soit, bornée aux portions des enfants du premier mariage, 362, 363.
Quelles especes d'aliénations sont interdites, 363–365.
Quand le droit qu'ont les enfants du premier mariage, de faire infirmer l'aliénation du conquêt pour les portions qu'ils y amendent, est-il ouvert, 365, 366.
Est-il nécessaire pour cela qu'ils soient héritiers de la mere, 367–374.
Quand cesse cette interdiction, 374, 375.
L'article de la Coutume de Paris s'étend-il à l'homme qui s'est remarié, 375–378.
Ou aux Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, 378, 379.
A quelle Coutume doit-on avoir égard, 379–383.
CONSENTEMENT des parties contractantes pour leur mariage. *Voyez* ERREUR, RAPT, SÉDUCTION.
CONSENTEMENT des peres & meres, & des Tuteurs. *Voyez* PERE.
CONSENTEMENT du Roi pour le mariage des Princes du Sang. *Voyez* PRINCES DU SANG.

CONTRAINTE. Quelle eſpece de contrainte détruit le conſentement requis pour le mariage, T. I. 372–375.
Peines de l'Ordonnance de Blois contre les Seigneurs qui emploient la violence & la contrainte, 376.
COUSINS-GERMAINS. Théodoſe a le premier défendu le mariage entre Couſins-Germains, T. I. 163.
Pluſieurs s'en faiſoient ſcrupule, même avant cette loi, 163, 164.
Sort de cette loi, 165--167.
Quand doit-on accorder diſpenſe pour le mariage des Couſins-germains, 323.
CURÉ. Le Concile & les Ordonnances requiérent pour la validité du mariage, qu'il ne puiſſe être célébré que par le propre Curé des parties, ſi ce n'eſt par ſa permiſſion, ou celle de l'Evêque, 432–435.
La préſence du Curé, qui eſt requiſe, n'eſt pas une préſence purement paſſive; elle renferme un miniſtere, 435--438.
Comment ſe pourvoir contre le Curé qui refuſe, 437.
Quel eſt le Curé, en cas de tranſlation de domicile, 439, 440.
Lorſque les parties ſont mineures, 440, 441.
Nullité du mariage fait par un Prêtre étranger, ſans la permiſſion du Curé ou de l'Evêque, 443--449.
Peine contre le Prêtre qui le célébre, 449--451.
Si, lorſque les parties ſont de différentes paroiſſes, le Curé de l'une des parties peut valablement célébrer le mariage, ſans le concours du Curé de l'autre, 451--461.
CURÉS. (Devoir des)
Lorſqu'il marie une perſonne qui a déja été, doit ſe faire repréſenter l'acte mortuaire du précédent mari, ou de la précédente femme

s'il n'y en a pas, quels autres actes en peuvent tenir lieu, T. I. 115, 116.

D

DÉFAUT de raiſon. *Voyez* RAISON.
DÉFAUT de puberté. *Voyez* PUBERTÉ.
DIFFÉRENCE de Religion. *Voyez* RELIGION.
DISPENSE *pour les mariages.* Les Princes ſéculiers accordoient les diſpenſes pour les empêchements des mariages qu'ils avoient établis, T. I. 303-305.
Le Supérieur Eccléſiaſtique accorde les diſpenſes des empêchements de diſcipline Eccléſiaſtique, 305--308.
Le Pape a-t-il un droit excluſif aux Evêques, pour les accorder, 308--315.
Les Vicaires-Généraux peuvent-ils accorder ces diſpenſes, 315, 316.
L'Official,
Les Abbés & autres qui ont une juriſdiction quaſi-Epiſcopale,
Eſpeces d'empêchements de mariage pour leſquels on peut, ou on ne peut pas accorder de diſpenſe, 317--329.
L'accorde-t-on pour les Ordres ſacrés, 318.
Le Pape peut-il valablement l'accorder à un Religieux, en le diſpenſant de ſes vœux, 318--320.
Pour quelles parentés, 320--323.
Pour quelles affinités, 323--326.
Pour l'alliance ſpirituelle, & pour l'empêchement d'honnêteté publique, 326, 327.
Pour l'empêchement du crime, 328.
Nature du pouvoir qu'a le Supérieur eccléſiaſtique d'accorder des diſpenſes, 329--33.
Premier exemple de diſpenſe accordée par le Pape Innocent III, 334.
Regles du Concile de Trente ſur les diſpenſes

de mariage, 335.
Raiſons pour excuſer la facilité des diſpenſes, pour le mariage des couſins, 335, 336.
On doit, pour accorder les diſpenſes, diſtinguer ſi le mariage n'a pas encore été célébré, ou s'il l'a été nonobſtant l'empêchement, 336--339.
Cauſes qu'on a coutume d'expoſer pour obtenir les diſpenſes, 340--344.
Forme des diſpenſes, 345--348.
Ce que doit contenir la ſupplique, 348--355.
Fulmination des diſpenſes, 356--361.
DIVORCE, étoit cenſé par les Loix Romaines, rompre le lien du mariage, T. II. 106, 107.
Les Empereurs Chrétiens ne l'avoient pas aboli; mais quoiqu'il fût valable, dans le for extérieur, l'Egliſe privoit de la communion ceux qui le pratiquoient, 107--109.
Le divorce n'eſt pas reçu en France: il l'eſt dans quelques Etats proteſtants, 109.

E

EDIT des ſecondes noces.
Préambule de l'Edit, T. IV. 203. 304.
Premier chef de l'Edit: diſpoſitif de ce premier chef, 204, 205.
Loi *Hac edictali*, d'où elle eſt tirée, 205--207.
Quelles ſont les femmes auxquelles la défenſe eſt faite par le premier chef de l'Edit, 208, 209.
L'Edit eſt-il cenſé avoir fait la même défenſe aux hommes qui, ayant des enfants d'un précédent mariage, convolent à un autre, 209--211.
Lorſqu'une femme a convolé pluſieurs fois, le premier chef de l'Edit ne lui permet pas de donner plus d'une part d'enfant à tous ſes ſubſéquents maris enſemble, 211, 212, 251.

Le premier chef de l'Edit, en défendant de donner plus d'une part d'enfant au ſecond mari, comprend auſſi expreſſément dans ſa défenſe les pere & mere du ſecond mari, 212--214.
Et les enfants qu'il a d'un précédent mariage : A l'égard de leurs enfants communs, nés & à naître de leur mariage, ils ne ſont pas compris dans la défenſe, 214, 215.
Les pere & mere & enfants d'un précédent mariage du ſecond mari, ne ſont perſonnes prohibées que tant qu'il vit, 215.
Enfin l'Edit comprend dans ſa défenſe toutes les perſonnes qui pourroient paroître interpoſées pour faire paſſer le don au ſecond mari, 216.
Les donations de quelque eſpece qu'elles ſoient, ſont ſujettes au retranchement du premier chef de l'Edit,
Les rémunératoires, 217, 218.
Les onéreuſes, 218, 219.
Les mutuelles, 219--223.
Donation faite par une veuve à un homme qu'elle ne paroiſſoit pas alors avoir en vue d'épouſer, & qu'elle a épouſé par la ſuite, 223, 224.
Avantages réſultants des conventions matrimoniales, ſont pareillement ſujets au retranchement de l'Edit, 224--226.
Inégalité d'apport, & défaut de réſerve de propre, 226--234.
Défaut de réſerve des ſucceſſions mobiliaires, n'eſt réputé avantage, 235--237.
Convention par laquelle on fait entrer en communauté les immeubles des ſucceſſions, peut être regardée comme avantage, 237, 238.
Fixation de la part d'une ſeconde femme en la communauté, à une certaine ſomme, 239, 240.
Douaire préfix, en tant qu'il excede le Coutumier, 240--242.

Opinion ſinguliere de Ricard, 242, 243.
Pour qu'il y ait ouverture au retranchement du premier chef de l'Edit, il faut, 1°. que quelque enfant du premier, ou autre précédent mariage, ait ſurvécu la femme ou l'homme, qui a convolé : 2°. que ce qui a été donné, excede la part de l'enfant le moins prenant, 244--246.
Ce qui peut être donné au ſecond mari, ſe regle ſur la plus petite part qu'a droit d'avoir dans les biens de la ſucceſſion, un enfant qui a droit d'y venir, non ſur une ſomme moindre dont cet enfant auroit bien voulu ſe contenter, ni ſur ce qu'ont eu des enfants qui n'ont pas droit de venir à la ſucceſſion, 246--249.
Lorſque la ſucceſſion ſe partage par ſouches, ce qui peut être donné au ſecond mari, ſe regle ſur la part de l'une des ſouches la moins prenante ; non ſur ce qu'a un enfant dans la ſubdiviſion de la ſouche, 249, 250.
Lorſqu'elle ſe partage entre pluſieurs enfants d'une ſouche unique, la part du ſecond mari ſe regle ſur celle de l'un deſdits enfants, qui a la moindre part, 250.
Tous les enfants, ceux du ſecond, auſſi-bien que du premier mariage, ſont reçus à demander le retranchement, quand même ceux du premier n'uſeroient pas de leur droit, 252--254.
Il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient héritiers de leur mere, qui a fait la donation, 254, 256.
Mais il faut qu'ils ſoient habiles à venir à ſa ſucceſſion, 256--258.
L'approbation donnée par un enfant à la donation, ne le rend pas non-recevable, s'il ne l'a donnée que du vivant de la donatrice, 258, 259.
Nature des actions qu'ont les enfants pour demander le retranchement, 259--262.

Opérations qu'il faut faire pour connoître si ce qui a été donné au second mari, excede la part d'enfant, & s'il y a lieu en conséquence au retranchement. C'est au temps de la mort de la donatrice, qu'on doit avoir égard, s'il y a excès dans la donation, 263—273.

Du partage à faire des biens compris en la donation faite au second mari, lorsqu'elle s'est trouvée excessive, entre les enfants pour la portion qui en doit être retranchée à leur profit, & le second mari pour la part qui lui en doit rester. 273—276.

Fruits de la portion retranchée, sont dus aux enfants, du jour de la mort, 275, 276.

La portion retranchée se partage entre tous les enfants, non à titre de succession; mais comme un bien qui lui est donné par l'Edit. Plusieurs Corollaires. 278—281.

Voyez Legitime.

L'aîné y prend néanmoins son droit d'ainesse, 281, 282.

Le second mari n'est pas admis à la partager avec eux. 282—285.

Voyez Part d'enfant.

Second Chef de l'Edit.

Le dépositif. 298.

Lois Romaines d'où il est tiré. 298—300.

Quels sont les dons du premier mari, sujets à la réserve du second chef. Donaire en propriété sans distinction, s'il excede le Coutumier, 301—303.

Préciput conventionnel, sens du légal, 303.

L'avantage qui résulte d'une mégalité d'apport, 303, 304.

Ce qui a été donné à une femme, quoiqu'en faveur de son premier mariage, par d'autres que par son premier mari, s'est sujet à la réserve. 306.

Ni les biens qu'elle a eu des ſucceſſions des enfants de ſon mariage, 304, 305.
Ni à titre de garde noble, 305, 306.
Ni la réparation civile qui lui a été adjugée contre le meurtrier de ſon mari, 306.
Nature de la réſerve du ſecond chef de l'Edit; c'eſt une eſpece de ſubſtitution légale. La loi feint que le premier mari, par la donation qu'il a faite à ſa femme, l'a tacitement chargée de rendre après ſa mort à leurs enfants communs les biens qu'il lui donnoit, en cas qu'elle convolât à un autre mariage. Corollaires qui ſuivent de ce principe, 307--317.
Cette ſubſtitution a lieu, quand même le premier mari, par ſon teſtament, ou par quelqu'autre acte, auroit déclaré qu'il remet à ſa femme les peines de l'Edit, 308.
Les enfants du ſecond mariage, exclus par ceux du premier, des biens qui proviennent des dons du premier mari, ne peuvent pas pareillement prétendre exclure ceux du premier mariage, des biens provenus des dons faits à leur mere par le ſecond mari, à moins qu'elle n'ait convolé à de troiſiemes noces, 316, 317.
Quoiqu'il ne ſoit pas néceſſaire que les enfants du premier mariage aient été héritiers de leur pere pour recueillir cette ſubſtitution, il faut au moins qu'ils aient eu droit de venir à ſa ſucceſſion, 319--322.
L'enfant juſtement exhérédé, quoique ſeulement par ſa mere, n'eſt pas admis, 323, 324.
L'aîné prend ſon droit d'aîneſſe dans les biens compris en cette ſubſtitution, 324, 325.
Quand s'éteint cette ſubſtitution, 325--327.
EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE qui ſe rencontrent dans les perſonnes, T. I. 92. & ſuiv.
EMPÊCHEMENNS DIRIMANTS, 92.
EMPÊCHEMENTS qui ne ſont que prohibitifs, 92--94.

Autres diviſions des empêchement dirimants, 94--96.
ERREUR ſur la perſonne détruit le conſentement requis pour le mariage, T. I. 364--366.
Sur la qualité de la perſonne, 366--368.
Sur l'état de la perſonne, lorſqu'on prend une eſclave pour une perſonne libre, 368--370.
Sur l'état civil, 371, 372.
Sur le nom, *&c.* 372.
ESCLAVAGE ſurvenu de l'une des parties, étoit cenſé rompre le lien du mariage, ſauf dans le cas du *Jus Poſtliminii*, T. II. 109--111.

F

FIANÇAILLES. Deux eſpeces, T. I. 33, 34.
FIANÇAILLES *de futuro*. Ce que c'eſt, 34.
Leur antiquité, 35.
Pour quelles raiſons ont-elles été établies, 35, 36,
Quelles perſonnes peuvent contracter fiançailles enſemble, 36--39.
Se contractent par le ſeul conſentement, 38.
Qualités de ce conſentement, 38, 39.
Le conſentement des perſonnes, ſous la puiſſance de qui ſont les parties, ou l'une d'elles, doit auſſi intervenir, 39, 40.
FIANÇAILLES (les), pour être valables, doivent être réciproques, 40, 41.
Peuvent être condamnées, *ex certâ die, aut conditione*, 41, 42.
Aut ad certam diem & conditionem, 43.
Mariage nul peut-il valoir comme fiançailles, 44.
Choſes qui ont coutume d'accompagner les fiançailles; 1°. la bénédiction en face d'Egliſe, 45--47.
N'eſt néanmoins néceſſaire, 46.
2°. Les arrhes & préſents de mariage. *Voyez*

ARRHES, PRÉSENTS.
3°. Peines ſtipulées, en cas de dédit, 49, 50.
4°. Acte qui contient les conventions de mariage, 52, 53.
Trois effets que produiſent les fiançailles, 53, 54.
Le Juge d'Egliſe peut-il connoître des fiançailles, & juſqu'à quel point, 54--58.
FIANÇAILLES (de la diſſolution des), par le conſentement mutuel des parties, 59--62.
Il y a des cauſes pour leſquelles l'une des parties peut être dégagée de ſon engagement, ſans le conſentement de l'autre, 62.

H

HONNÊTETÉ PUBLIQUE produit une premiere eſpece d'empêchement qui naît des fiançailles, entre l'une des parties fiancées, & les parents de l'autre, T. I. 259, 260.
Pendant les dix ou douze premiers ſiecles, il étoit borné à la ligne directe; depuis on avoit voulu l'étendre auſſi loin que l'affinité, 260, 261.
Le Concile de Trente l'a borné à la ligne directe, & au premier degré de la collatérale, 261, 262.
Ce qui eſt requis, pour que les fiançailles forment cet empêchement, 261--265.
L'empêchement ſubſiſte, même après leur diſſolution, 263.
La ſeconde eſpece d'empêchement dirimant que produit l'honnêteté publique, eſt celui qui réſulte du mariage non-conſommé entre un conjoint & les parents de l'autre, 264--269.
S'étend auſſi loin que l'affinité, 266.
Le Parlement de Normandie a regardé comme empêchement d'honnêteté publique, l'affinité du ſecond genre dans la ligne directe, 269--271.

I

IMPUISSANCE eſt un empêchement de mariage, T. I. 101, 102.
Quelles eſpeces d'impuiſſance, 102, 103.
L'impuiſſant n'eſt pas recevable à attaquer lui-même ſon mariage, lorſque l'autre partie ne s'en plaint pas, T. II. 78, 79.
L'autre partie n'y eſt pas recevable après un long temps de cohabitation, ſur-tout s'il y a des enfants, 79.
La preuve de ce vice ſe fait par la viſite. La Cour a défendu celle du congrès, 100.
L'impuiſſant qui dit que le vice n'eſt ſurvenu que depuis le mariage, doit le prouver, 100, 101.
INCESTUEUX. Nom qu'on donnoit à ceux qui rejettoient la nouvelle maniere de compter les degrés, T. I. 155, 156.
INFIDELES. Mariage contracté entre des infideles eſt-il rompu quant au lien, lorſque la partie convertie depuis à la Foi chrétienne, quitte celle qui eſt demeurée dans l'infidélité, T. II. 154--176.
La queſtion s'eſt préſentée au Parlement en 1757 dans la cauſe de Borach Lévi. Eſpece de cette cauſe, 157--159.
Paſſages de Saint Paul dont l'interprétation fait le point de la queſtion, 154--156.
Raiſons pour ſoutenir la diſſolution du lien, 160--164.
Raiſons pour l'indiſſolubilité, 165--176.
Arrêt rendu ſur la queſtion, 176.
JUGES D'ÉGLISE, compétents pour connoître entre le fiancé & la fiancée, de la validité de l'engagement, T. I. 54, 55.
Sont pareillement compétents pour connoître ſur les demandes en caſſation de mariage. De la queſtion

queſtion, ſi le mariage a été valablement ou non contracté : ne peuvent ſans abus connoître de toute autre queſtion, T. II, 94, 95.
Les Arrêts de la Cour défendent aux Juges d'Egliſe d'ordonner la réhabilitation des mariages qu'ils déclarent nuls par défaut de forme, 101, 102.
Il leur eſt défendu d'ordonner l'exécution de leur Sentence, nonobſtant l'appel, 102.

L

LÉGITIMATION que le mariage opere des enfants nés auparavant. Origine du droit de légitimation. Loix Romaines ſur cette matiere, T. II, 24--28.
Principes du Droit canonique ſur la légitimation, 28--31.
Raiſons qui nous les ont fait adopter dans notre Droit François, 32, 33.
Le mariage opère-t-il la légitimation de la poſtérité de l'enfant né & mort avant le mariage, 34--36.
Pour que le mariage puiſſe légitimer les enfants, il faut que lors du commerce charnel dont ils ſont nés, les parties aient été capables de contracter mariage enſemble, & par conſéquent qu'ils ſoient nés *ex ſoluto & ſolutâ.* Pluſieurs queſtions qui ſe décident par ce principe, 36--38.
Elles ſont cenſées l'avoir été, lorſquelles n'avoient beſoin pour l'être, que d'une diſpenſe facile à obtenir, 37.
L'ignorance en laquelle étoit l'une des parties que l'autre fût engagée dans le mariage lors du commerce qu'elles ont eu enſemble, peut-elle ſuppléer & rendre capable de légitimation les enfants qui en ſont nés ? 38--44.
Suffit-il pour la légitimation que les parties qui

n'étoient pas capables de ſe marier enſemble lors du commerce charnel dont l'enfant eſt né, le ſoient devenus avant la naiſſance de l'enfant, 44--46.
Il n'y a qu'un véritable mariage à qui la Loi ait donné l'effet d'opérer la légitimation. Un mariage putatif auquel la bonne foi procure les effets civils, n'a pas cet effet, 47, 48.
Mariage intermédiaire de l'une des parties avec une perſonne tierce, n'empêche pas celui que les parties contractent depuis ſa diſſolution, d'opérer la légitimation de leurs enfants, 50.
La Légitimation ſe fait par la ſeule force de la loi; l'enfant l'eſt-il malgré lui? 50--53.
Effets de la Légitimation, 54, 55.
LÉGITIME. Ce qu'un enfant a eu dans les biens retranchés de la donation faite par ſa mere à ſon ſecond mari, ne s'impute ſur la légitime qui lui eſt due dans la ſucceſſion de ſa mere, T. II. 280, 281.
Ni encore moins les biens qui doivent lui être réſervés par le ſecond chef de l'Edit, 310.
LEPRE ſurvenue à l'un des fiances étoit un ſujet ſuffiſant pour décharger l'autre de l'engagement des fiançailles, T. I. 64.
Lorſqu'elle étoit ſurvenue à l'un des conjoints par mariage: elle n'étoit pas un ſujet ſuffiſant pour la ſéparation d'habitation, T. II. 185.

M

MAJORITÉ' COUTUMIERE eſt de nul effet pour le mariage des mineurs, T. I. 393.
MARIAGE. C'eſt le plus ancien & le plus excellent des Contrats, T. I. 12.
Sa définition, 4.
Le commerce charnel n'eſt de ſon eſſence, 5.
Mais il donne à chacun des conjoints un droit

ſur le corps de l'autre pour l'exiger, 6.
Deux eſpeces de mariages des Citoyens Romains, *juſtæ nuptiæ & concubinatus* : leur différence, 7, 8.
En quoi convenoient, 10.
Quand le mariage paſſoit-il pour *nuptiæ* ou pour *concubinatus*, 10, 11.
Mariage des eſclaves, 13.
Dans nos Colonies, des eſclaves peuvent avec la permiſſion de leurs maîtres, contracter un mariage qui n'a pas les effets civils, 90.
Le mariage étant un contrat, il appartient à l'ordre politique, & doit être régi par les loix de la puiſſance ſéculiere, 14--28.
Quelle eſt l'autorité de l'Egliſe ſur le mariage, 28, 29.
Pendant long-temps elle ne reconnoiſſoit d'autres empêchements de mariage que ceux établis par les loix des Princes ou par la loi de l'Egliſe; a commencé très-tard à en établir, 29--32.
Mariage ſubſiſtant avec une perſonne, eſt, tant qu'elle vit, un empêchement dirimant de mariage avec une autre, 103, 104, 110.
Quelque grande qu'ait été la bonne foi, 111, 112.
Pourvu que le premier ſoit valable, 116, 117.
Mariage peut ſe contracter par Procureur. *Voyez* PROCUREUR.
Il eſt défendu de célébrer les mariages en Carême. *Voyez* CARÊME.
Avant le lever du Soleil, 470, 471.
Obligations qui naiſſent du MARIAGE,
Réciproques, T. II. 12.
Obligation du mari envers la femme, 2, 3.
De la femme envers le mari, 3, 4, 5.
Obligation que les peres & meres contractent par le mariage envers leurs enfants, 5--8.

Obligation des enfants envers leurs peres & meres, 8--15.
Effets civils du MARIAGE, 17--20.
Mariages tenus ſecrets, quoiqu'ils aient été valablement contractés, ſont par la Déclaration de 1609, privés des effets civils, 55--58.
Il en eſt de même de celui contracté *in extremis*, 60--62.
Le mariage, quoique valablement contracté, n'a pas les effets civils, lorſque l'une des parties a perdu ſon état civil par une condamnation, 62--65.
La bonne foi des parties ou de l'une d'elles donne les effets civils à un mariage nul, 66--70.
A plus forte raiſon à un mariage véritable, lorſque l'une des parties a ignoré de bonne foi le vice qui la privoit des effets civils, 70, 71.
La bonne foi peut bien donner les effets civils aux enfants nés du mariage nul; mais non à ceux que les parties ont eu auparavant, 71--73.
MARIAGE D'INFIDELES. *Voyez* INFIDELES.
MARIAGES. Seconds mariages,
Certains hérétiques les condamnoient, 198.
Il eſt permis de contracter autant de mariages que bon ſemble, après la diſſolution des précédents, 198, 199.
Sont néanmoins ſuſpects d'incontinence, 202.
Par les Loix Romaines, une veuve ne pouvoit, à peine d'encourir l'infamie, convoler à un nouveau mariage, qu'après le laps d'un an depuis la diſſolution du précédent, 200.
Ce droit n'eſt pas obſervé parmi nous, 200--201.
MEURTRE. En quel cas le meurtre de l'un des conjoints forme-t-il un empêchement dirimant entre le meurtrier & l'autre conjoint, T. I. 286--288.

MINEURS. Peuvent-ils ſe marier valablement ſans le conſentement de leurs pere & mere. *Voyez* PERE & MERE.

O

ONCLE. Mariage de l'oncle, T. I. 321--323.
ORDRES SACRÉS. Juſtinien a porté la premiere loi pour faire des Ordres Sacrés un empêchement dirimant de mariage, T. I. 131.
Quand ont-ils commencé à l'être en Occident, 134. 135.
Le Concile de Latran dans le douzieme ſiecle, l'ayant déclaré dirimant, cette diſcipline a été ſuivie par les décrétales, & confirmée par le Concile de Trente, 135--137.
Et par la Juriſprudence de nos Tribunaux ſéculiers, 137--141.

P

PARENTÉ NATURELLE. Ce que c'eſt, T. I. 143.
PARENTÉ (ligne de). Ce que c'eſt, 144.
PARENTÉ (degrés de). Ce que c'eſt : comment ſe comptent, 144--146.
Maniere de compter les degrés dans la ligne collatérale : différemment du Droit civil, 146--150.
Quand a-t-elle commencé à s'introduire, 150--157.
Autre différence de compter les degrés.
Quelles parentés ont toujours formé un empêchement dirimant de mariage dès les premiers temps, 159--162.
Théodoſe défendit les mariages entre couſins-germains : ſort de cette loi, 163--167.
Extenſion bien au-delà : ſur quoi étoit-elle fondée, 168.

Enfant exclu de l'héritage de son père,
[illegible]
Enfant mort au berceau regardé comme ayant vécu,
[illegible]
Enfant naturel ne succède à la succession de ses père & mère,
[illegible]
Enfant ne succède à la succession de ses père & mère, s'il n'est légitime, ou naturel reconnu,
[illegible]
Enfant naturel ne succède à la succession de ses père & mère, s'il n'est légitime, ou naturel reconnu, ou légitimé par mariage subséquent, T. I. 308, 309.
Enfant naturel ne succède à la succession de ses père & mère, s'il n'est légitime, ou naturel reconnu, ou légitimé par mariage subséquent, ou par lettres du Prince, 309.
Enfant naturel ne succède à la succession de ses père & mère, s'il n'est légitime, ou naturel reconnu, ou légitimé par mariage subséquent, ou par lettres du Prince, ou par testament, 309.
Enfant naturel ne succède à la succession de ses père & mère, s'il n'est légitime, ou naturel reconnu, ou légitimé par mariage subséquent, ou par lettres du Prince, ou par testament, ou par codicille, 309.
Enfant naturel ne succède à la succession de ses père & mère, s'il n'est légitime, ou naturel reconnu, ou légitimé par mariage subséquent, ou par lettres du Prince, ou par testament, ou par codicille, ou par déclaration devant Notaires, 309.
Enfant naturel ne succède à la succession de ses père & mère, s'il n'est légitime, ou naturel reconnu, ou légitimé par mariage subséquent, ou par lettres du Prince, ou par testament, ou par codicille, ou par déclaration devant Notaires, ou par acte public, 309.
Enfant naturel ne succède à la succession de ses père & mère, s'il n'est légitime, ou naturel reconnu, ou légitimé par mariage subséquent, ou par lettres du Prince, ou par testament, ou par codicille, ou par déclaration devant Notaires, ou par acte public, ou par acte sous seing privé, 309.
Enfant naturel ne succède à la succession de ses père & mère, s'il n'est légitime, ou naturel reconnu, ou légitimé par mariage subséquent, ou par lettres du Prince, ou par testament, ou par codicille, ou par déclaration devant Notaires, ou par acte public, ou par acte sous seing privé, ou par possession d'état

hors le Royaume, 279--304.
Quoique les peres & meres demeurent hors le Royaume, pourvu qu'on ſache en quel lieu, 394, 395.
Quid, s'il étoit fugitif pour religion, 395, 396.
Ou qu'il eût perdu l'état civil, 396, 397.
Peres & Meres peuvent-ils être obligés par la famille à donner leur conſentement à un mariage avantageux de leur fils mineur? 398, 399.
Leur conſentement eſt-il requis, même pour le mariage de leurs enfants majeurs? 403--407.
POLYANDRIE, T. I. 109.
POLYGAMIE. Eſt-elle contraire au droit naturel; a-t-elle été permiſe aux Patriarches & au peuple Juif? T. I. 107, 108.
Défendue depuis la promulgation de l'Evangile, 109, 110.
PRÉSENTS DE MARIAGE, ſont toujours préſumés faits ſous la condition, *ſi nuptiæ ſequantur*, T. I. 50, 51.
PRINCES DU SANG. Le conſentement du Roi eſt néceſſaire pour la validité de leur mariage, T. I. 411--413.
PROCUREUR. Mariage ſe contracte-t-il par Procureur, T. I. 461--463.
PROFESSION RELIGIEUSE. Dans les premiers ſiecles de l'Egliſe, n'étoit pas empêchement dirimant de mariage, mais ſeulement prohibitif, T. I. 117--123.
Quand eſt-il devenu dirimant? 123--126.
Choſes requiſes, pour que la profeſſion religieuſe ſoit ſolemnelle & valable, & forme un empêchement dirimant, 126--130.
Juſtinien, par ſa Novelle, permettoit à l'un des conjoints de quitter l'autre ſans ſon conſentement, pour embraſſer la profeſſion religieuſe, T. II. 111, 112.
Pour que l'un des conjoints ſoit admis à faire

feſſion religieuſe, non-ſeulement il faut que l'autre y conſente; mais encore qu'il en faſſe autant de ſon côté, 111--118.
En un cas, le mari n'a pas beſoin du conſentement de la femme, lorſqu'il la fait déclarer convaincue d'adultere, 118, 119.
Suivant les Décrétales & le Concile de Trente, la profeſſion religieuſe de l'un des conjoints, même ſans le conſentement de l'autre, rompt le lien du mariage, *ratum & non conſummatum*, 119--122.
Il paroît que les Papes avoient puiſé cette diſtinction du mariage *ratum & non conſummatum*, dans le décret de Gratien. Diſcuſſion des paſſages qu'on allegue en ſa faveur, 122--129.
Décret du Concile de Trente, qui autoriſe, à cet égard, le droit des Décrétales. Malignité de Fra-Paolo dans ce qu'il dit de ce Décret, 130--132.
Le Décret ſouffrit contradiction, 132.
L'effet que le droit des Décrétales donne à la profeſſion religieuſe de rompre le mariage non conſommé, ne s'étend pas à la promotion aux Ordres ſacrés,
PUBERTÉ. Défaut de puberté dans l'une des parties contractantes, eſt empêchement dirimant de mariage, T. I. 99--101.
PUISSANCE SÉCULIERE. C'eſt ſur ſes loix que ſe régit le mariage, T. I. 14. *& ſuiv.*
Elle a le droit d'établir des empêchements dirimants de mariage; & un mariage dans lequel il s'en rencontre quelqu'un, n'eſt pas même un mariage naturel, 22--28.
Ni un Sacrement, faute d'un contrat, qui en ſoit la matiere, 15.
PUISSANCE SÉCULIERE (autorité de la) ſur la diſcipline de l'Egliſe, reconnue par les Evêques de France, 178, 179.

R

RAISON (défaut de), empêchement de mariage, T. I. 97, 98.
RAPT. Trois différentes disciplines sur l'empêchement du rapt, T. I. 271, 272.
Disposition de nos Ordonnances, à cet égard, 273.
REGISTRE des actes de mariages, baptêmes & sépultures. Leur forme, T. I. 442.
Lorsqu'il s'y est glissé quelque erreur, le Curé ne peut, sans Ordonnance du Juge, réformer le registre,
Forme des actes qu'on y inscrit, 472, 473.
RELIGION (différence de). L'Edit de Novembre 1680, avoit fait de la différence de Religion, un empêchement dirimant de mariage, T. I. 301.
Y a-t-il quelques textes dans l'Ecriture sainte, qui condamnent les mariages des Fideles avec les Infideles? 288--290.
Discipline de l'Eglise sur les mariages des Fideles avec les Infideles & les Hérétiques, dans les différents temps, 292, 298, 300, 301.
Loix des Empereurs Romains qui defendent aux Juifs d'épouser des Chrétiennes; & aux Chrétiens d'épouser des femmes Juives, 298, 299.

S

SÉDUCTION est empêchement de mariage, T. I. 273--276.
Est présumée dans les mineurs qui se marient sans le consentement de leurs peres & meres, tuteurs & curateurs, 274, 387--389.
SÉPARATION D'HABITATION. Ce que c'est. T. II. 177.
Pour quelles causes est il permis dans le for in-

térieur à une femme de demander la séparation d'habitation, 178.
Pour quelles causes y est-elle admise dans le for extérieur ? 179--182.
Une accusation capitale formée par le mari contre sa femme, dans laquelle il a succombé, est pour la femme une juste cause de demander séparation, 182--184.
Profession d'héréſie, 184.
Maladie, ou difformité, quelques griéves qu'elles soient, survenues depuis le mariage, ne sont cause de séparation, 183, 184.
Ni la folie du mari, 185, 186.
Une femme n'est pas écoutée pour fonder sa demande en séparation, à alléguer les débauches & les adulteres de son mari, 186, 187.
La séparation d'habitation ne peut s'obtenir que par une sentence du Juge, rendue en connoissance de cause sur la demande de la femme contre le mari ; tout autre acte par lequel elle seroit consentie entre les parties, est de nul effet, 187, 188.
Juge séculier est compétent pour en connoître, 188.
Procédure pour parvenir à la séparation, & office du Juge, 188--191.
Dans les demandes en séparation, les faits avoués ne sont pour cela réputés avérés, 189--190.
Effets de la Séparation d'Habitation, 191--193.
Elle est regardée comme non avenue, lorsque depuis les parties se sont remises ensemble, 193.
SOMMATIONS respectueuses que les enfants sont tenus de faire à leurs pere & mere pour requérir leur consentement à leur mariage, T. I. 407--409.
SUPPLIQUE pour obtenir dispense de mariage ; ce que c'est : ce qu'elle doit contenir, 348--355.

T

TUTEUR. Le conſentement des tuteurs & curateurs requis pour la validité du mariage des mineurs, T. I. 399.-401.
Différence entre le conſentement des tuteurs & celui des peres & meres, 401-303.

V

VEUVES. Peines que l'Ordonnance de Blois prononce contre les veuves qui ſe marient à des perſonnes indignes, T. II. 384.
Effet de l'interdiction que la Loi prononce contre elles, 387, 388.
Ces peines doivent-elles s'étendre à l'homme qui ſe remarie, 380-390.
VŒUX qui ſe font dans des Maiſons & Congrégations qui ne ſont reçus que comme Maiſons régulieres & Congrégations eccléſiaſtiques, & non comme Ordres religieux, ne ſont que Vœux ſimples, T. I. 128.

Fin de la Table des Matieres.

OBSERVATION GÉNÉRALE SUR LES PRÉCÉDENTS TRAITÉS DE L'AUTEUR.

DANS les différents Traités que j'ai donnés des différents Contrats & quasi contrats, j'ai suivi la doctrine commune de tous les Interpretes sur la prestation de la faute qui a lieu dans chaque contrat par rapport à la chose qui en fait l'objet. J'ai, en conséquence, distingué trois degrés de faute ; la faute lourde, la légere & la très-légere.

Suivant cette doctrine, la faute lourde, *lata culpa*, consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses & les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affai-

res. Cette faute eſt oppoſée à la bonne foi.

Levis culpa. La faute légere eſt celle qui conſiſte à ne pas apporter à l'affaire d'autrui le ſoin que le commun des hommes apporte ordinairement à ſes affaires. Elle eſt oppoſée à la diligence commune.

Enfin, *leviſſima culpa* eſt la faute qui conſiſte à ne pas apporter le ſoin que les perſonnes les plus attentives apportent à leurs affaires. Cette faute eſt oppoſée à la diligence très-exacte, *exactiſſima diligentia.*

Pour décider de quelle eſpece de faute le débiteur eſt tenu dans chacun des différents contrats & quaſi-contrats, j'ai, ſuivant la doctrine commune, établi trois principes qui paroiſſent tirés de la loi 5, §. 1, ff. *Commod.*

Le premier eſt que dans les contrats qui ſont faits pour le ſeul intérêt du créancier, on n'exige du débiteur que de la bonne foi, & il n'eſt tenu en conſéquence que de la faute lourde. Nous avons, ſuivant ce principe, décidé dans notre Traité du Contrat de Dépôt, que dans ce contrat, on n'exige ordinairement du dépoſitaire que de la bonne foi, & qu'il n'eſt tenu que de la faute lourde, *de latâ culpâ.*

Nous avons obſervé que ce principe

ſouffroit exception, à l'égard du contrat de Mandat & du quaſi-contrat, *negotiorum geſtorum*. Quoiqu'ils ſoient faits pour le ſeul intérêt de la partie dont l'autre partie ſe charge de gérer l'affaire; néanmoins on n'y exige pas ſeulement de la bonne foi de la part de celui qui l'a gérée & qui en doit rendre compte; mais on exige encore de lui un ſoin proportionné à la nature de cette affaire. La raiſon eſt qu'une geſtion d'affaires, qui eſt la choſe qui fait l'objet du contrat *mandati* & du quaſi-contrat *negotiorum geſtorum*, étant une choſe qui par ſa nature exige un certain ſoin, la partie qui ſe charge de la geſtion de l'affaire, eſt cenſée ſe charger d'apporter le ſoin néceſſaire pour cette geſtion. *Spondet diligentiam gerendo negotio parem.*

Le ſecond principe eſt que dans les contrats & quaſi-contrats qui ſe font pour l'intérêt réciproque des parties, tels que ſont les contrats de vente, de louage, de nantiſſement, de prêt, de ſociété, & le quaſi-contrat de communauté, on exige pour la choſe qui fait l'objet du contrat, le ſoin que tout homme ſage apporte ordinairement à ſes affaires; & qu'en conſéquence dans ces contrats le débiteur eſt tenu de la faute légere.

Le troiſieme principe eſt que dans les contrats qui ſont faits pour le ſeul intérêt

de la partie qui a reçu, & qui doit rendre la choſe qui fait l'objet du contrat, tel qu'eſt le contrat de prêt à uſage, *commodatum*, on exige par rapport à cette choſe le ſoin le plus exact, & le débiteur eſt tenu de la faute la plus légere.

Nous avons obſervé que les Juriſconſultes Romains ne font quelquefois qu'une diviſion bipartite des contrats; ſavoir, de ceux qui n'exigent dans les parties contractantes, que de la bonne foi, & de ceux qui exigent un certain ſoin plus ou moins grand, ſelon la nature du contrat. Mais le ſecond membre de cette diviſion étant ſujet à une ſubdiviſion de ceux qui n'exigent qu'un ſoin ordinaire, & de ceux qui exigent le ſoin le plus exact, cela revient à la diviſion tripartite, ci-deſſus expoſée.

Pareillement, les Juriſconſultes Romains ne font quelquefois qu'une diviſion bipartite des preſtations; ſavoir, celle du dol & celle de la faute. La preſtation du dol qui a lieu dans les contrats qui n'exigent que de la bonne foi, comprend ſous le terme *dolus*, non-ſeulement la malice & le deſſein de nuire, mais auſſi la faute lourde, *lata culpa*, comme étant oppoſée à la bonne foi requiſe dans le contrat; & c'eſt en ce ſens que les loix diſent que *lata culpa compa-*

ratur dolo, lata culpa dolus eſt.

Le ſecond membre de la diviſion, qui eſt la preſtation de la faute, comprend les deux autres eſpeces de faute, la légere, & la plus légere, *levem & leviſſimam*, ſous le terme générique de faute, en tant que ce terme *culpa* eſt oppoſé à *dolus*, & en tant que les contrats qui exigent un ſoin plus ou moins grand, & dans leſquels il y a lieu à la preſtation de la faute, ſont oppoſés à ceux qui n'exigent que de la bonne foi, & dans leſquels il n'y a lieu qu'à la preſtation du dol. Telle eſt la diviſion qui ſe trouve dans la fameuſe loi, *Contractus*, ff. *de reg. jur.*

Mais dans cette diviſion bipartite des preſtations, le ſecond membre de la diviſion, qui eſt la preſtation de la faute, eſt ſujet à une ſubdiviſion; ſavoir, de la preſtation de la faute légere, & de la preſtation de la faute la plus légere, de maniere que les trois degrés de faute ci-deſſus expoſés, ſe retrouvent; & la Loi 5, §. 1, ff. *Commod.* qui établit trois eſpeces de preſtations, ſe concilie avec la Loi *Contractus*, qui paroît n'en établir que deux.

Telle avoit été juſqu'à préſent la doctrine unanimément tenue par tous les Interpretes des Loix Romaines, & par les Auteurs des Traités de Droit; c'eſt la

doctrine des Accurſe, des Alciat, des Cujas, des Duaren, des d'Avezan, des Vinnius, des Heineccius, & ceux même qui ſe ſont le plus appliqués à combattre les opinions communément reçues, & à propoſer des nouveautés, tels qu'Antoine Faber, ne s'en ſont jamais écartés. Néanmoins il a paru en 1764, une Diſſertation ſur la preſtation des fautes, imprimée à Paris, chez Saugrin, dans laquelle M. le Brun, Avocat au Parlement de Paris, combat cette doctrine : il m'a fait l'honneur de m'en faire préſent ; je l'ai lue avec un grand plaiſir, & je ſuis charmé de trouver l'occaſion de lui en témoigner publiquement ma reconnoiſſance.

Cet Auteur ſoutient que la doctrine que nous venons d'expoſer, eſt une pure invention des Interpretes, qui n'ont pas pris le véritable ſens des loix ; il prétend qu'on ne doit pas faire trois degrés de fautes, ni faire une diſtinction de la diligence commune & ordinaire, & de la diligence très-exacte, ni une différence des contrats qui ſe font pour l'intérêt réciproque des parties contractantes, *in quibus utriuſque contrahentis vertitur utilitas*, & de ceux qui ſe font pour le ſeul intérêt de la partie débitrice de la reſtitution de la choſe qui fait l'objet du contrat. Il n'y a, ſelon lui, que deux eſpeces de

diligence, l'une qui ſe meſure ſur celle qu'un homme attentif à ſes affaires, a coutume d'y apporter, *qualem diligens paterfamilias adhibere ſolet*, & l'autre qui ne ſe meſure que ſur celle que le débiteur de qui on l'exige, a coutume d'apporter à ſes propres affaires, *rebus ſuis conſuetam diligentiam.*

Lorſque la choſe qui fait l'objet du contrat, appartient entiérement, ou eſt due entiérement à celui à qui le débiteur eſt tenu de la rendre ou de la donner, le débiteur eſt, par rapport à cette choſe, obligé à la premiere eſpece de diligence, & il n'importe que le contrat ait été fait pour ſon ſeul intérêt, ou pour l'intérêt réciproque des parties; c'eſt pourquoi un emprunteur n'eſt pas tenu, ſuivant cet Auteur, par rapport à la choſe qui lui a été prêtée, à une autre diligence que celle dont eſt tenu un locataire par rapport à la choſe qui lui a été donnée à loyer; ils ſont tenus l'un & l'autre à la premiere eſpece de diligence, qui eſt celle qu'un homme attentif à ſes affaires, a coutume d'y apporter: c'eſt à cette diligence, que ſont obligés un vendeur par rapport à la choſe vendue qu'il doit à l'acheteur un mandataire, un *negotiorum geſtor*, par rapport aux choſes dont ils ont eu l'adminiſtration, *&c.*

Lorſque les choſes qui ſont l'objet du

contrat, appartiennent en commun aux parties contractantes, on ne doit exiger de chacune des parties, par rapport à la geſtion qu'elle a eue deſdites choſes, & dont elle doit rendre compte à l'autre partie, que l'autre eſpece de diligence qui eſt celle qu'il a coutume d'apporter à ſes propres affaires, *rebus ſuis conſuetam diligentiam.* Ce n'eſt que cette eſpece de diligence qu'on exige du rendant compte dans les actions, *pro ſocio*, *familiæ erciſcundæ*, *& communi dividundo.*

Tel m'a paru être en ſubſtance le ſyſtême de la Diſſertation : l'Auteur qui m'a paru très-verſé dans la connoiſſance des Loix Romaines, rapporte dans cette Diſſertation toutes celles qui traitent de la matiere, & il en donne des explications très-ingénieuſes. Quelques ſpécieux que ſoient les arguments par leſquels il prétend établir ſon ſyſtême, je n'ai pas été convaincu, & je ſuis demeuré attaché à l'ancienne doctrine que je ne trouve pas ſi abſurde qu'il voudroit le perſuader. Je ne vois aucune abſurdité à diſtinguer trois degrés de faute ; à diſtinguer la diligence exacte & la diligence très-exacte ; à ſe contenter de la premiere dans les contrats qui ſe font pour l'intérêt réciproque des parties, & à exiger la diligence très-exacte dans le contrat qui a été fait

pour le ſeul intérêt de la partie de qui on l'exige. C'eſt une abſurdité, dit l'Auteur du nouveau ſyſtême, de penſer que dans les contrats qui ſe font pour l'intérêt réciproque des parties, tel qu'eſt le plus grand nombre des contrats, les loix permettent la négligence par rapport à la choſe qui fait l'objet du contrat : or, dit l'Auteur, en décidant ſelon la doctrine commune, que dans ces contrats le débiteur n'eſt tenu que de la faute légere, & non de la faute très-légere ; c'eſt permettre dans ces contrats quelque négligence ; car la faute très-légere dont on décide que le débiteur n'eſt pas tenu dans ces contrat, eſt une négligence qui, pour être très-légere, n'en eſt pas moins une négligence.

On peut, ce me ſemble, répondre qu'on ne permet pas la négligence dans les contrats faits pour l'intérêt réciproque des parties ; mais qu'on eſtime dans ces contrats la négligence moins rigoureuſement qu'on ne l'eſtime dans ceux faits pour le ſeul intérêt du débiteur ; par exemple, dans le contrat de louage, le locataire n'eſt pas jugé coupable de négligence, lorſqu'il a apporté, pour la conſervation de la choſe qui lui a été louée, tout le ſoin que les hommes ont, pour la plupart, coutume d'avoir des choſes qui leur appartiennent : il eſt cenſé,

en contractant, ne s'être obligé qu'à ce ſoin ; le locateur qui ſe fait payer du prix de l'uſage qu'il accorde de ſa choſe, ne doit donc pas être écouté à exiger de lui d'avantage, ni à vouloir faire regarder comme une négligence de la part de ce locataire, le défaut de quelque attention ou de quelque prévoyance qui eût pu ne pas échapper à une perſonne plus attentive qu'on ne l'eſt communément, & qui eût empêché la perte ou la détérioration de la choſe.

Au contraire, dans le contrat de prêt à uſage qui eſt fait pour le ſeul intérêt de l'emprunteur, la négligence de l'emprunteur, à l'égard de la choſe qui lui a été prêtée, s'eſtime dans toute la rigueur : le prêteur qui ne doit pas ſouffrir du bienfait qu'il a fait à l'emprunteur, en lui accordant gratuitement l'uſage de ſa choſe, a droit d'exiger de lui, pour la conſervation de la choſe qu'il lui a prêtée, non-ſeulement le ſoin ordinaire que le commum des hommes apporte à la conſervation de ſon bien, mais tout le ſoin poſſible, (eu égard néanmoins à la qualité de la perſonne de l'emprunteur.) Si l'emprunteur ne ſe ſent pas capable de ce ſoin, il ne doit pas emprunter ; c'eſt pourquoi on lui impute à négligence, non-ſeulement le défaut du ſoin que le commun des hom-

mes apporte ordinairement à ſes affaires, mais même le défaut d'une attention ou d'une prévoyance qui n'eût pas échappé aux perſonnes de la qualité de celle de l'emprunteur, qui ſont les plus attentives.

Cette maniere d'eſtimer plus ou moins rigoureuſement la faute & la négligence, ſuivant la différente nature des contrats, ne me paroît contenir aucune abſurdité; elle me paroît au contraire très-raiſonnable, & devoir être ſuivie, quand même la loi 5, §. 1, *ff. commod.* ne s'en ſeroit pas expliquée auſſi clairement qu'elle l'a fait.

Je n'entreprendrai point de réfuter les arguments par leſquels l'Auteur de la Diſſertation combat l'ancienne doctrine, & prétend établir la ſienne; cela dégénéreroit en une querelle littéraire, dans laquelle je ne veux point entrer. La réponſe à ceux qu'il tire des différentes loix rapportées dans ſa Diſſertation, ſe trouve dans les Notes que j'ai faites ſur ces loix dans mon Ouvrage ſur les Pandectes; je les ai tirées de Cujas & d'autres interpretes de réputation.

J'obſerverai ſeulement que, ſi la doctrine commune a ſes difficultés, le nouveau ſyſtême de l'Auteur n'en eſt pas exempt: par exemple, l'Auteur dit que la diligence qu'on exige d'un aſſocié dans

le compte de la geſtion qu'il a eue des affaires communes, ne doit pas ſe meſurer, comme dans les autres contrats, à celle que le commun des hommes a coutume d'apporter à ſes affaires, mais à celle que cet aſſocié apporte à ſes propres affaires. Je demande à l'Auteur comment dans la pratique, le Juge devant qui cet aſſocié rend ſon compte, pourra connoître quelle eſt la diligence que cet aſſocié apporte dans ſes propres affaires, pour y meſurer celle qu'il a dû apporter à la geſtion dont il rend compte ? Un Juge peut bien eſtimer quelle eſt la diligence que le commun des hommes apporte à ſes affaires ; mais il ne peut pas deviner quelle eſt celle que cet aſſocié, qu'il ne connoît pas, apporte à ſes propres affaires ; il préſume que c'eſt celle que le commun des hommes y apporte.

En meſurant, ſuivant le nouveau ſyſtême, la diligence dont un aſſocié eſt tenu à l'égard de la geſtion des affaires communes, à celle qu'il apporte à ſes propres affaires, on réduit le contrat de ſociété, & le quaſi-contrat de communauté à la claſſe de ceux qui n'exigent rien autre choſe que de la bonne foi ; car c'eſt une choſe oppoſée à la bonne foi, que de n'avoir pas pour l'affaire d'autrui le même ſoin qu'on a pour les ſiennes ;

nes ; *non ſalvâ fide*, dit la Loi 32, ff *depoſiti*, en parlant d'un dépoſitaire, *minorem quàm ſuis rebus diligentiam præſtabit.* Si dans ces contrats le débiteur n'eſt pas condamnable, pour n'avoir pas apporté à la conſervation de la choſe qui fait l'objet du contrat, le ſoin ordinaire que le commun des hommes apporte à ſes affaires ; c'eſt parce qu'on préſume favorablement que, s'il a été négligent à l'égard de la choſe qui fait l'objet du contrat ; il l'eſt pareillement à l'égard de celles qui lui appartiennent ; mais lorſqu'il eſt juſtifié qu'il a eu pour les choſes qui lui appartiennent, un ſoin qu'il n'a pas eu pour la choſe qui fait l'objet du contrat ; comme par exemple, ſi dans un incendie un dépoſitaire a ſauvé de l'incendie les choſes qui lui appartenoient, & a laiſſé périr celle qui lui a été donnée en dépôt qu'il étoit également à portée de ſauver, il eſt condamnable, comme ayant manqué à la bonne foi, en n'ayant pas eu, pour la choſe qui lui avoit été donnée en dépôt, le même ſoin qu'il a eu pour les ſiennes. Donc, en meſurant la diligence que doit avoir un aſſocié pour les choſes qui appartiennent à la ſociété, à celle qu'il a pour les ſiennes propres, on n'exige pas plus de lui que ce qu'on exige d'un dépoſitaire.

damné envers elle. Mais depuis l'impreſſion de mon Livre, un Magiſtrat a eu la bonté de m'inſtruire que la Cour avoit jugé contre mon opinion, que le Procureur, qui avoit obtenu à ſon profit la diſtraction des dépens adjugés à ſa partie ſur un des chefs du jugement, n'étoit pas obligée de ſouffrir la compenſation de ceux auxquels ſa partie avoit été condamnée ſur un autre chef, quoique par le même jugement. La Cour a cru devoir porter juſque-là la faveur de ces diſtractions, & établir pour regle générale dans quelque cas que ce ſoit, que la créance des dépens, dont le Procureur ſe fait adjuger la diſtraction, eſt cenſée n'avoir jamais réſidé qu'en ſa perſonne, & non dans celle de ſa partie, à qui ils ont été adjugés.

APPROBATION.

J'Ai lu par ordre de M. le Chancelier un Manuſcrit comprenant divers Traités de Droit, & notamment le *Traité du Contrat de Mariage*, par M. POTHIER : je n'y ai rien trouvé qui en puiſſe empêcher l'impreſſion, & je ne doute pas que ceux qui s'appliquent à l'étude des Loix & des principes du Droit, ne s'empreſſent de profiter des remarques & des recherches d'un Juriſconſulte ſi éclairé.

A Paris ce 15 Septembre 1767.

Signé, GIBERT.

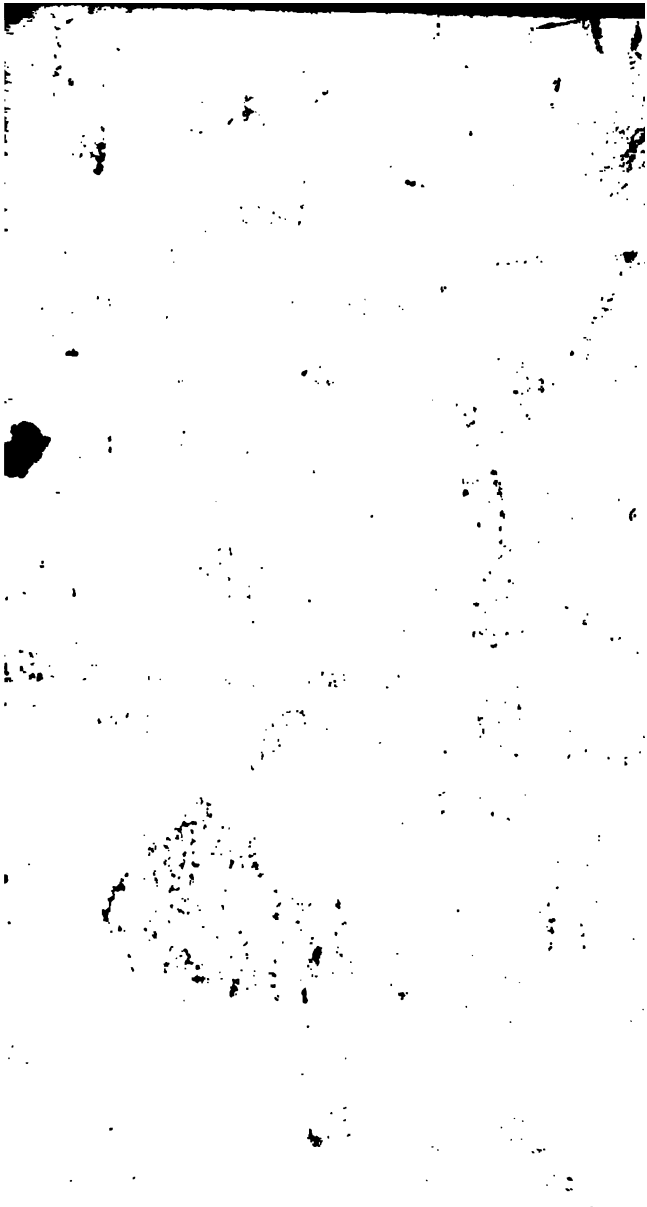
PRIVILEGE GÉNÉRAL.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre : A nos amés & féaux Conſeillers les Gens tenants nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand Conſeil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenants Civils, & autres nos Juſticiers qu'il appartiendra, SALUT. Notre amé le Sieur JEAN DEBURE, Pere, Libraire, nous a fait expoſer qu'il déſireroit faire imprimer & donner au Public, *les Oeuvres de M. POTHIER, Conſeiller au Préſidial d'Orléans*, s'il nous plaiſoit lui accorder nos Lettres de Privilege pour ce néceſſaires. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter l'Expoſant, Nous lui avons permis & permettons par ces Préſentes de faire imprimer ledit Ouvrage autant de fois que bon lui ſemblera, & de le vendre, faire vendre & débiter par tout notre Royaume pendant le temps de ſix années conſécutives, à compter du jour de la date des Préſentes. Faiſons défenſes à tous Imprimeurs, Libraires & autres perſonnes de quelque qualité & condition qu'elles ſoient, d'en introduire d'impreſſion étrangere dans aucun lieu de notre obéiſſance; comme auſſi d'imprimer ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucuns extraits, ſous quelque prétexte que ce puiſſe être, ſans la permiſſion expreſſe & par écrit dudit Expoſant, ou de ceux qui auront droit de lui; à peine de confiſcation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenants, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Expoſant, ou à celui qui aura droit de lui; à peine de tous dépens, dommages & intérêts, à la charge que ces Préſentes ſeront enregiſtrées tout au long ſur le regiſtre de la Communauté des Libraires & Imprimeurs de Paris, & ce dans trois mois de la date d'icelles; que l'impreſſion dudit Ouvrage ſera faite dans notre Royaume, & non ailleurs, en beau papier & beaux caracteres, conformément aux Réglements de la Librairie, & notamment celui du dix Avril mil ſept cent vingt-cinq;

à peine de déchéance du préſent Privilege ; qu'avant de l'expoſer en vente, le manuſcrit qui aura ſervi de copie à l'impreſſion dudit Ouvrage, ſera remis dans le même état où l'approbation y aura été donnée, ès mains de notre très cher & féal Chevalier, Chancelier Garde des Sceaux de France le ſieur de MAUPEOU ; qu'il en ſera enſuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliotheque publique, un dans notre Château du Louvre, & un dans celle dudit Sieur de MAUPEOU, le tout à peine de nullité des Préſentes : du contenu deſquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Expoſant & ſes ayants cauſe, pleinement & paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ou empêchement. Voulons que la copie deſdites Préſentes, qui ſera imprimée tout au long, au commencement ou à la fin dudit Ouvrage, ſoit tenue pour duement ſignifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conſeillers Secrétaires, foi ſoit ajoutée comme à l'Original. Commandons au premier notre Huiſſier ou Sergent ſur ce requis, de faire pour l'exécution d'icelles tous actes requis & néceſſaires, ſans demander autre permiſſion, & nonobſtant Clameur de Haro, Charte Normande, & Lettres à ce contraires : Car tel eſt notre plaiſir. DONNÉ à Paris le dix-neuvieme jour du mois de Décembre, l'an de grace mil ſept cent ſoixante dix, & de notre Regne le cinquante-ſixieme. Par le Roi en ſon Conſeil.

LEBEGUE.

Je ſouſſigné reconnois que Madame la Veuve Rouzeau, Libraire & Imprimeur à Orléans, a part au préſent Privilege pour moitié, que je lui ai cédé, ſuivant l'accord fait entre nous. A Paris ce 23 Décembre 1770. JEAN DEBURE Pere.

Regiſtré le préſent Privilege, enſemble la Reconnoiſſance, ſur le Regiſtre XVIII de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 1412, fol. 405, *conformément au Réglement de 1723. A Paris, ce 29 Décembre 1770.*

J. HERISSANT, *Syndic*.